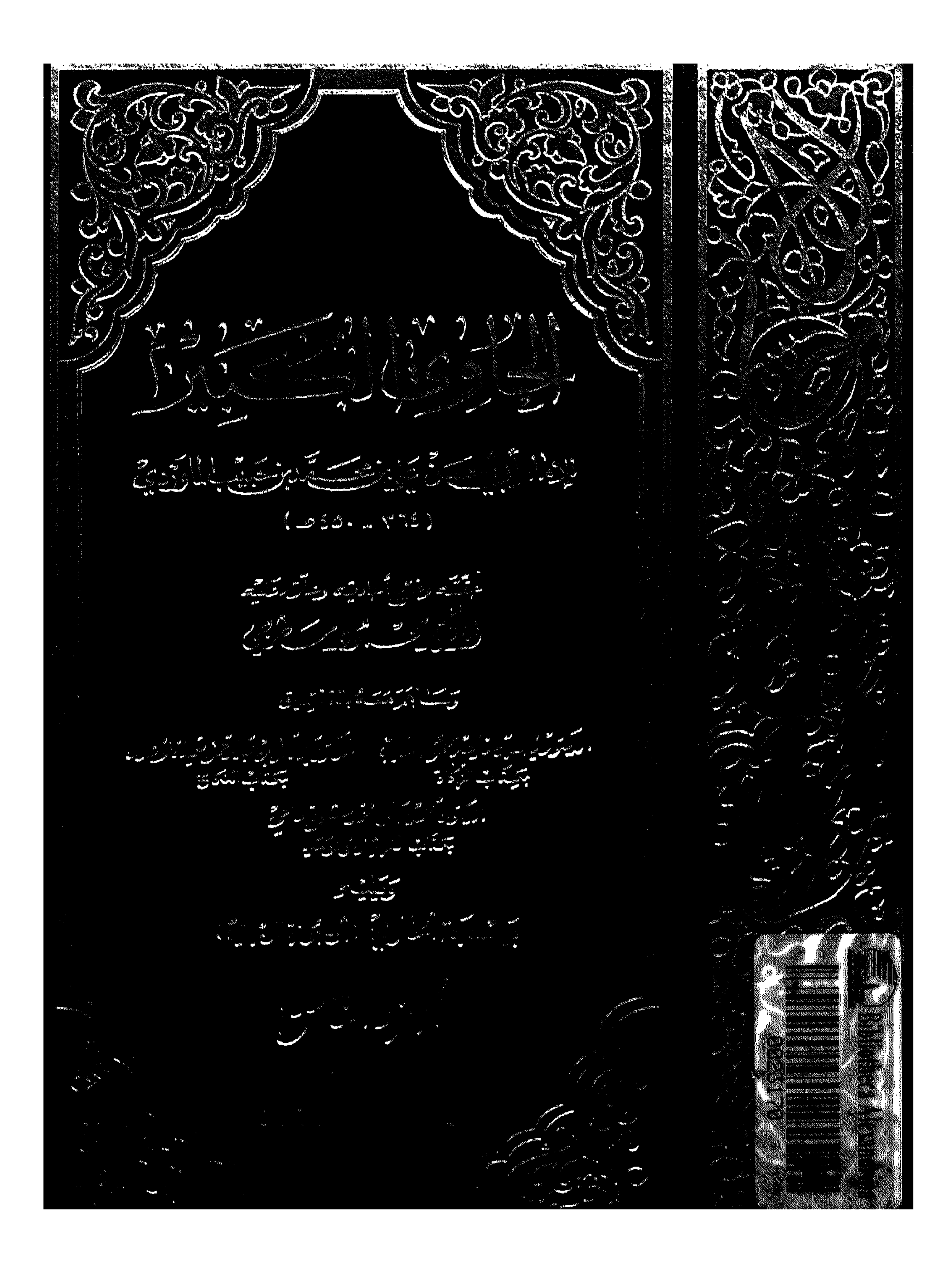

الحاوي الكبير
للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي
(٣٦٤ - ٤٥٠ هـ)
حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه





الحاوي الكبير

للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي
(٣٦٤ - ٤٥٠هـ)

حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه
الدكتور محمود مطرجي

وساهم معه بالتحقيق

الدكتور ياسين ناصر محمود الخطيب
بكتاب الزكاة

الدكتور عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل
بكتاب النكاح

الدكتور حسن علي كوركولو
بكتاب الحدود

الدكتور أحمد حاج محمد شيخ ماحي
بكتاب الفرائض والوصايا

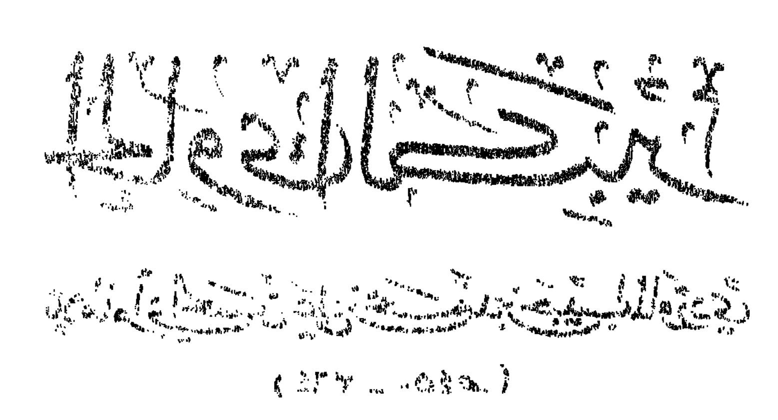
ويليه

بهجة الحاوي (أرجوزة الوردي)

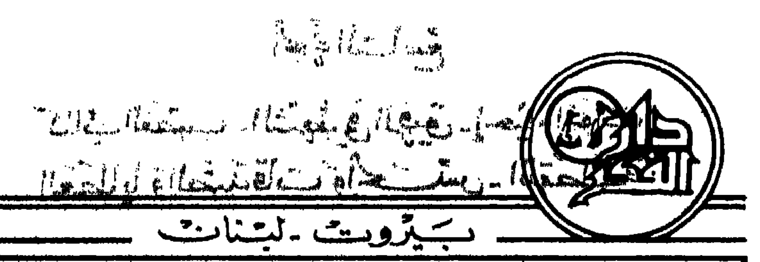
الجزء التاسع

كتاب الغصب - الشرط في الرقيق - إحياء الموات
العطايا والصدقات والحبس - اللقطة

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع



١٤١٤هـ/١٩٩٤م



بيروت - لبنان

دار الفكر: حارة حريك - شارع عبد النور - برقيا: فكسي - تلكس: ٤١٣٩٢ فكر
ص.ب: ١١/٧٠٦١ - تلفون: [illegible] ٨٢٨٠٥٢ - ٨٣٧٨٩٨ - دولي: ٨٦٠٩٦٢
فاكس: ٢١٢٤٧٨٧٨٧٥ (٠٠١)

مُخْتَصَرُ الشُّفْعَةِ (١)

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (أَخْبَرَنَا مَالِكٌ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنْ سَعِيدٍ وَأَبِي سَلَمَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ». وَوَصَلَهُ مِنْ غَيْرِ حَدِيثِ مَالِكٍ، وَأَبُو الزُّبَيْرِ عَنْ جَابِرٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مِثْلَ مَعْنَى حَدِيثِ مَالِكٍ. وَاحْتَجَّ مُحْتَجٌّ بِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي رَافِعٍ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ» الفصل)(٢).

---

(١) في المختصر: «مختصر الشفعة من الجامع من ثلاثة كتب متفرّقة من بين وضع وإملاء على موطأ مالك، ومن اختلاف الأحاديث وممّا أوجبتُ فيه على قياس قوله، والله الموفق للصواب».

(٢) مختصر المزني: ص ١١٩، والأم: ٤/ ٤ ـ ٦ وتتمة الفصل «وقال: فأقول للشريك الذي لم يقاسم وللمقاسم شفعة، كان لصيقاً أو غير لصيق، إذا لم يكن بينه وبين الدار طريقٌ نافذةٌ. قلت له: فلم أعطيت بعضاً دون بعض واسم الجوار يلزمهم، فمنعت من بينك وبينه ذراعٌ إذا كان نافذاً، وأعطيت من بينك وبينه رحبة أكثر من ألف ذراع إذا لم تكن نافذة؟ فقلت له: فالجارُ أحق بسبقه لا يحتمل إلا معنيين لكل جارٍ أو لبعض الجيران دون بعضٍ، فلما ثبت عن النبي ﷺ «لا شفعة فيما قسم» دل على أن الشفعة للجار الذي لم يقاسم دون الجار الذي قاسم. وحديثك لا يخالف حديثنا، لأنه مجملٌ، وحديثنا مفسرٌ، والمفسر يبين المجمل. قال: وهل يقع اسم الجوار على الشريك؟ قلت: نعم، امرأتك أقرب إليك أم شريكك؟ قال: بل امرأتي لأنها ضجيعتي، قلت: فالعرب تقول: امرأة الرجل جارته. قال وأين؟ قلتُ قال الأعشى:

أجـارتنـا بينـي فـإنـك طـالقـه	ومـوموقـةٌ مـا كنـت فينـا ووامقـه
أجـارتنـا بينـي فـإنـك طـالقـه	كـذاك أمـور النـاس تغـدو وطـارقـه
وبينـي فـأن البيـن خيـرٌ مـن العصـا	وأن لا تـزالـي فـوق رأسـك بـارقـه
حبستـك حتـى لامنـي النـاس كلهـم	وخفـت بـأن تـأتـي لـدي ببـائقـه
ذوقـي فتـى حـي فـإنـي ذائـقٌ	فتـاة لحـي مثـل مـا أنـت ذائقـه

فقال عروة: نزل الطلاق موافقاً لطلاق الأعشى. (قال الشافعي) رحمه الله: «وحديثنا أثبت إسناداً مما روى عبد الملك عن عطاء عن جابر، وأشبههما لفظاً وأعرفهما في الفرق بين المقاسم وبين من لم يقاسم لأنه إذا باعَ مشاعاً، باع غيرَ متجزِّىء، فيكونُ شريكهُ أحقَّ به، لأن حقَّه شائعٌ فيه، وعليه في الدَّاخلِ سواءُ مشاركةٍ ومُؤْنَةُ مقاسَمَةٍ، وليس كذلكَ المَقْسُومُ». والحديث الأول: أخرجه الشافعي من طريق مالك ٤/ ٤ والبيهقي ٦/ ١٠٣ ومالك ٢/ ٧١٣ والنسائي ٧/ ٣٢١ وهو حديث مرسل. وقال: أخبرنا الثقة. عن معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن جابر، عن رسول الله ﷺ مثله، أو مثل معناه لا =

قال الماوردي: أما الشفعة، ففي تسميتها بذلك تأويلان:

أحدهما: أن الرجل كان إذا أراد أن يبيع داره، أتاه جاره أو شريكه فشفع إليه فيما باع، فشفّعه وجعله أولى ممن بعد سببه، فسميت شفعة، وسمي طالبها شفيعاً، وهذا قول أبي محمد بن قتيبة، قاله في غريب الحديث.

والتأويل الثاني: سميت بذلك لأن طالبها جاء تالياً للمشتري، فكان ثانياً بعد أول، فسمي شفيعاً لأن الاثنين شفع، والواحد وتر، وسمي الطلب شفعة.

فصل: والحكم بالشفعة واجب بالنص والإجماع، إلا من شذ عن الكافة من: الأصم، وابن علية: فإنهما أبطلاها رداً للإجماع، ومنعاً من خبر الواحد، وتمسكاً بظاهر قوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[1].

= يخالفه. ثم أخرج من طريق سعيد بن سالم، عن ابن جريج، عن أبي الزبير عن جابر، عن النبي ﷺ قال: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة».

وحديث جابر: أخرجه البخاري في البيوع (٢٢١٣) من طريق عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن جابر بلفظ «الشفعة في كل مالٍ لم يقسم، فأذا وقعت الحدود وصُرِفتِ الطرقُ فلا شفعة» وفي (٢٢١٤) بلفظ «قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل مالٍ لم يقسم، فإذا وقعتِ الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» من طريق عبد الواحد، عن معمر، عن الزهري. وبلفظ: «في كل ما لم يقسم» وقال عبد الرزاق: في كل مالٍ وهو في الشفعة (٢٢٥٧) وفي الشركة (٢٤٩٥ و(٢٤٩٦) والحيل (٦٩٧٦) والشافعي في مسنده ٢/ ١٦٥. وأخرجه الترمذي (١٣٧٠) وابن ماجة (٢٤٩٩) والنسائي ٧/ ٣٢١ والبيهقي ٦/ ١٠٣ وأحمد ٣/ ٢٩٦، ٣٩٩ وعبد الرزاق (١٤٣٩١) والبغوي (٢١٧١).

أما حديث أبي رافع: عند الشافعي في مسنده ٢/ ١٦٥ فأخرجه البخاري مطولاً في الشفعة (٢٢٥٨) وفي الحيل (٦٩٧٧) و(٦٩٧٨) و(٦٩٨٠) و(٦٩٨١) والنسائي ٧/ ٢٣٠ وأبو داود (٣٥١٦) وابن ماجة (٢٤٩٨) والبيهقي ٦/ ١٠٥ ـ ١٠٦ وأحمد ٦/ ٣٩٠ والدارقطني ٤/ ٢٢٢ ـ ٢٢٣ والبغوي (٢١٧٢) وعبد الرزاق (١٤٣٨٢).

والسقب، والصقب: بالسين والصاد، وفي الأصل القرب، وسقبت الدار وأسقبت، أي: قربت.

أمّا أبيات الأعشى فهي في الأم: ٤/ ٦ وزاد في المختصر: البيت الخامس. وفي ديوان الأعشى:

يا جارتي، بيني فإنك طالقة ... كذاك أمور الناس غادٍ وطارقة

وبيني حصان الفرج غير ذميمةٍ ... وموموقةٍ فينا كذاك ووامقة

وبيني، فإنّ البين خير من العصا ... وإلّا تزالُ فوق رأسك بارقة

وذوقي فتى قومٍ فإني ذائق ... فتاة أناسٍ مثل ما أنت ذائقة

(١) سبق تخريجه.

وهذا خطأ لفحش من قائله، لأن ما روي في الشفعة وإن لم يكن متواتراً، فالعمل به مستفيض يصير به الخبر كالمتواتر. ثم الإجماع عليه منعقد، والعلم بكونه شرعاً واقعاً، وليس في التمسك بقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ» ما يمنع من الشفعة، لأن المشتري يعاوض عليهما بما بذله، فيصل إليه ولا يستحل منه.

فصل: فإذا ثبت و جود الشفعة، فهي مستحقة في عراص الأرضين، ويكون ما اتصل بها من البناء والغراس تبعاً. وإن كان المبيع منها مشاعاً، كانت الشفعة فيه على قولين من أوجبها إجماعاً، وإن المبيع محوزاً، فالذي عليه جمهور الناس: أنها غير واجبة، وبه قال من الصحابة: عمر، وعثمان، وعلي في أصح الروايتين. ومن التابعين: سعيد بن المسيب، وأبو سلمة بن عبد الرحمن، وعروة بن الزبير. ومن الفقهاء: ربيعة، ومالك، وأحمد، وإسحاق، وأهل الحرمين.

وقال أبو حنيفة وصاحباه وسفيان والثوري: إن شفعة المحوزة مستحقة للجار، وليس لهم فيها سلف، وربما أضافوه إلى ابن مسعود.

وإن عفا الجار عنها كانت لمن يليه في القريب، ثم لمن يليه إلى آخر الجوار، إلا أن تكون الطريق نافذة فلا تجب لغير الجار الملاصق، استدلالاً برواية عمرو بن الشريد عن أبي رافع أن رسول الله ﷺ قال: «الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقْبِهِ» وروي «بِسُقْبِهِ»[1] يعني: بقربه.

وبرواية: شعبة، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة: أن النبي ﷺ قال: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الْجَارِ أَوِ الأَرْضِ»[2].

وبرواية عبد الملك، عن عطاء، عن جابر بن عبدالله رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ، يُنْتَظَرُ بِهَا وَإِنْ كَانَ غَائِباً إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدَةً»[3].

---

(١) حديث أبي رافع سبق تخريجه.

(٢) حديث سمرة: أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٦٨) بلفظ «جار الدار أحقّ بالدار» وقال: حديث حسن صحيح، وقال: والصحيح عند أهل العلم حديث الحسن، عن سمرة. وأخرجه أبو داود (٣٥١٧)، والبيهقي ٦/ ١٠٦ وأحمد ٥/ ٨.

(٣) حديث عطاء عن جابر: أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٦٩) وقال: هذا حديث غريب، ولا نعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان، عن عطاء، عن جابر، وقد تكلم شعبة في عبد الملك بن أبي سليمان من أجل هذا الحديث. وعبد الملك هو ثقة مأمون عند أهل الحديث، ولا نعلم أحداً فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث. قال: وقد روى وكيع عن شعبة، عن عبد الملك بن أبي =

وروى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «الْخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ، وَالشَّفِيعُ أَحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ»[(١)].

وروى عمرو بن الشريد بن سويد، عن أبيه أنه قال للنبي ﷺ: «إِنَّ أَرْضاً بِيعَتْ لَيْسَ لِي فِيهَا قَسَم وَلاَ شِرْبٌ» فقال النبي ﷺ: «أَنْتَ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِكَ يَا شَرِيدُ»[(٢)].

قالوا: ولأنه متصل بالبيع، فجاز أن يستحق به الشفعة كالخلطة.

قالوا: ولأن الشفعة إنما وجبت تخوفاً من سوء عشرة الداخل عليه.

هذا قد يوجد في الدار كوجوده في الخليط، فاقتضى أن تجب الشفعة للجار كوجود بها للخليط.

ودليلنا: ما رواه الشافعي رضي الله عنه: عن مالك، عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن: أن النبي ﷺ قال: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلاَ شُفْعَةَ»[(٣)] وهذا وإن كان مرسلاً، فمرسل سعيد عند الشافعي رضي الله عنه حسن.

ثم قد رواه مسنداً عن مطرف بن مازن، عن معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة، عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلاَ شُفْعَةَ»[(٤)] فكان من هذا الحديث دليلان:

= سليمان هذا الحديث. وروى عن ابن المبارك، عن سفيان الثوري قال: عبد الملك بن أبي سليمان ميزان، يعني: في العلم. أخرجه ابن ماجة (٢٤٩٤) وأبو داود (٣٥١٨) والدارمي ٢/ ٢٧٣ والبيهقي ٦/ ١٠٥ وأحمد ٣/ ٣٠٣.

ونقل الزيلعي ٤/ ١٧٤ عن صاحب التنقيح قال: «واعلم أن حديث عبد الملك بن أبي سليمان عن جابر، حديث صحيح، ولا منافاة بينه وبين رواية جابر المشهورة. . . .».

(١) حديث أبي سعيد الخدري: لم أقف عليه مرفوعاً، وإنما أخرجه ابن أبي شيبة موقوفاً على شريح.

(٢) حديث عمرو بن الشريد عند البخاري في الشفعة: (٢٢٥٨) بلفظ «وقفتُ على سعد بن أبي وقاص، فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبيَّ، إذ جاء أبو رافع فقال: يا سعد، ابتعْ مني بيتيَّ في دارك، فقال سعد: والله ما أبتاعُها، فقال المسور: والله لتبتاعنَّها، فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعة آلافٍ منجمّة أو مقطعة، قال أبو رافع: لقد أعطيتُ بها خمسمائة ديناً، وساق الحديث» وأخرجه ابن ماجة (٢٤٩٦) دون ذكر القصة وبلفظ: «قلت: يا رسول اللّه، أرض ليس فيها لأحد قسم، ولا شرك إلا الجوار، قال: الجار أحقّ بسقبه» والنسائي: ٧/ ٢٢٨.

(٣) سبق تخريجه، وهو مرسل. الأم: ٤/ ٦.

(٤) سبق تخريجه، والأم: ٤/ ٦.

أحدهما: قوله: «الشفعة فيما لم يقسم» فكان دخول الألف واللام مستوعباً لجنس الشفعة، فلم تجب في المقسوم شفعة.

والثاني: قوله: «فإذا وقعت الحدود فلا شفعة» فصرح بسقوط الشفعة مع عدم الخلطة.

فإن قيل: فإنما نفى الشفعة عنه بالقسمة الحادثة بعده، ففيه جوابان:

أحدهما: أنه محمول على عموم القسمة، حادثة ومتقدمة.

والثاني: أنه إنما نفى الشفعة عن المقسوم بما أثبتها في غير المقسوم، فلما أثبتها في غير المقسوم بالبيع دل على أنه نفاها عن المقسوم بالبيع.

وروى أبو داود، عن أحمد بن حنبل، عن عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري، عن أبي سلمة عن جابر رضي الله عنه قال: «إِنَّمَا جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الشُّفْعَةَ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ»[١]. وهذا أقوى استدلالاً بالوجهين المذكورين من الأول، لأن في قوله: «إنما» إثباتاً لما اتصل بها، ونفياً لما انفصل عنها، كقوله ﷺ: «إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ»[٢].

فإن قيل: إنما نفى الشفعة بصرف الطرقات وهي للجار غير مصروفة؟

قيل: الطرقات التي تصرف بالقسمة مختصة باستطراق المشاع الذي يستطرقه الشريك ليصل به إلى ملكه، فإذا وقعت به القسمة انصرف استطراقه من ملك شريكه، فأما غيره من الطرقات المستحقة فلا تنصرف أبداً. وروى ابن جريج، عن الزهري، عن أبي سلمة أو عن أبي سعيد، أو عنهما جميعاً عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا قُسِّمَتِ الأَرْضُ وَحُدَّتْ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا»[٣].

والدليل من طريق القياس: هو أن تمييز المبيع يمنع من وجوب الشفعة فيه، كالذي

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) حديث عمر: سبق تخريجه.

(٣) حديث أبي هريرة: أخرجه أبو داود في البيوع (٣٥١٥) وابن ماجة (٢٤٩٧) والبيهقي ٦/١٠٣ ـ ١٠٤ والطحاوي ٤/١٢١.

وفي الموطأ مرسلاً ٢/٧١٣ والشافعي في مسنده ٢/١٦٤ والبيهقي ٦/١٠٣. وأخرجه البيهقي من طريق الزهري عن سعيد بن المسيب مرسلاً ٦/١٠٣ والنسائي ٧/٣٢١ مرسلاً.

بينهما طريق نافدة، لأن المبيع إذا لم يكن له حال يترقب فيها المقاسمة، لم يثبت فيه الشفعة قياساً على مشاع الغراس والأبنية. ولأن أصول الشرع مقررة على الفرق بين أحكام المال المشترك وغير المشترك، ألا ترى أن من أعتق حصة له من عبد قوم عليه باقيه، ولا يقوم عليه غيره؟ ولو أعتق بعض عبده عتق جميعه ولا يعتق غيره؟ ولو بدأ إصلاح بعض حائطه حكم بإصلاح جميعه، ولا يحكم بإصلاح غيره؟ فكانت شواهد هذه الأصول توجب في الشفعة إذا ثبتت في الشركة أن تنتفي عن غير الشركة، لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر بها، لا لدخول الضرر فيها؛ وفي وجوبها للجار ضرر داخل لتقاعده بالمالك في بدل النجش من الثمن، لتثبته بأن غيره لا يقدم على ابتياعها مع علمه بشفعته. ولا يوجد مثل ذلك في المشترك، لأن الشريك يقدر على دفع هذا الضرر بمقاسمة شريكه، وما كان موضوعاً لردع الضرر لم يجز أن يدخل فيه الضرر، لأن استحقاق الشفعة في المشترك إنما هو لضرر لا يقدر على دفعه وهو مؤونة القسمة، وهذا المعنى معدوم في غير المشترك.

فأما الجواب عن قوله: «الْجَارُ أَحَقُّ بِصُقْبِهِ» فمن وجهين:

أحدهما: أنه أبهم الحق ولم يصرح به، فلم يجز أن يحمل على العموم في مضمر، لأن العموم مستعمل في المنطوق دون المضمر.

والثاني: أنه محمول على أنه أحق بالفناء من الذي بينه وبين الجار ممن ليس بجار، أو أن يكون مرتفقاً به.

وقيل: بل هو في البادية إذا انتجعوا أرضاً فنزلوها، كان جار المنزل المقارب لهم أحق بالمكان إذا رحل النازل عنه لصقبه. والصقب: عمود الخيمة على هذا الاستعمال، وتأويله على الاستعمال الأول: القرب، ومنه قول ابن قيس الرقيات[1]:

كُوفِيَّةٌ نَازِحٌ مَحَلَّتُهَا لَا أَمَمٌ دَارُهَا وَلَا صَقَبُ

وأما الجواب عن الحديث الثاني من قوله ﷺ: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الْجَارِ»، فرواية الحسن عن سمرة. واختلفوا في لقاء الحسن سمرة، فقال بعضهم: لم يلقه، وقال آخرون:

---

(١) عبيد الله بن قيس، بن شريح من مالك، (ت ٨٥) هـ. شاعر قريش في العصر الأموي مدح مصعب بن الزبير، ولقبّ بابن الرقيات لأنه كان يتغزّل بثلاث نسوة، اسم كل واحدة منهنّ رقية ـ راجع: الأعلام ١٩٦/٤.

لقيه، ولم يرو عنه إلا حديثاً واحداً، وليس هو هذا الحديث. ثم لو سلم، لكان عنه الجوابان المذكوران.

وأما الجواب عن الحديث الثالث من قوله ﷺ: «الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ يُنْتَظَرُ بِهَا، وَإِنْ كَانَ غَائِباً»[1] فرواية عبد الملك بن أبي سليمان وكان ضعيفاً، وقال شعبة: لو روى عبد الملك حديثاً آخر مثل حديث الشفعة بطل حديثه، ثم يحتمل على تسليمه على عرض هذا المبيع على جاره.

وأما الجواب عن الحديث الرابع من قوله ﷺ: «الْخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الشَّفِيعِ، وَالشَّفِيعُ أَحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ»[2] هو حديث منقطع، وإن صح فمحمول على أنه أحق عند الطلب وقت الشراء.

وأما الجواب عن الحديث الخامس من قوله ﷺ للشريد: «أَنْتَ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِكَ يَا شَرِيدُ» فمحمول على ما ذكرنا.

ثم لو سلم استدلالهم على هذه الأخبار، لكان محمولاً على الجار الشريك، لأن اسم الجوار يختص بالقرب، والشريك أقرب من اللصيق، فكان أحق باسم الجوار. وقد أطلقت العرب ذلك على الزوجة لقربها، فسمتها جارة. قال الأعشى[3]:

أَجَـارَتَنَـا بِينِـي فَـإِنَّـكِ طَـالِقَـهْ ... وَمَوْمُـوقَـةٌ مَـا كُنْـتِ فِينَـا وَوَامِقَـهْ
وَبِينِي فَإِنَّ الْبَيْنَ خَيْرٌ مِنَ الْعَصَا ... وَأَنْ لَا تَزَالِي فَوْقَ رَأْسِي بَارِقَهْ
أَجَـارَتَنَـا بِينِـي فَـإِنَّـكِ طَـالِقَـهْ ... كَذَلِكَ أُمُورُ النَّاسِ تَغْدُو وَطَارِقَهْ
حَبَسْتُكِ حَتَّى لَامَنِي النَّاسُ كُلُّهُمْ ... وَخِفْتُ بِأَنْ تَأْتِي لَدَيَّ بِبَائِقَهْ
وَذُوقِـي فَتَـى حَـيٍّ فَـإِنِّـي ذَائِـقٌ ... فَتَـاةً لِحَـيٍّ مِثْـلَ مَـا أَنْـتِ ذَائِقَـهْ

وكان السبب في قول الأعشى ذلك: أنه تزوج امرأة كرهه قومها وأخذوه بالنزول عنها، فلم يقتنعوا منه بالطلقة الأولى ولا بالثانية، فلما طلقها الثالثة كفوا عنه، فعند ذلك قال عروة بن الزبير: نزل الطلاق موافقاً لطلاق الأعشى.

---

(١) حديث عطاء عن جابر: سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه وهو منقطع.

(٣) راجع الأم: ٤/٦ والأبيات في ديوان الأعشى.

وأما الجواب عن قياسهم على الخلطة، فالمعنى فيها: الخوف من مؤونة القسمة.

وأما الجواب عن قولهم: بأنها وجبت في الخلطة تخوفاً من سوء عشرة الداخل عليه، فهو: أن سوء العشرة مما يجب منع السلطان منه، فصار مقدوراً على دفعه بغير الشفعة، وإنما وجبت الشفعة لأجل ما لا يمكن دفعه إلا بالشفعة، وليس ذلك إلا مؤونة القسمة لأنها حق لا يمكن دفعه عند طلبها إلا بالشفعة.

فصل: فإذا ثبت أن الشفعة واجبة دون الجوار، فالكلام في الشفعة يشتمل على أربعة فصول:

أحدها: ما تجب به الشفعة.

والثاني: ما يجب فيه الشفعة.

والثالث: من تجب له الشفعة.

والرابع: ما تؤخذ به الشفعة.

فأما الفصل الأول: وهو ما تجب به الشفعة: فهو انتقال الملك بعقود المعاوضات. والعقود على ثلاثة أقسام:

قسم: يجب فيه العوض.

وقسم: لا يجب فيه العوض.

وقسم: اختلف قوله في وجوب العوض فيه.

فأما الموجب للعوض فخمسة عقود: البيع، والإجارة، والصلح، والصداق، والخلع. فالشفعة بجميعها مستحقة كالبيع، لانتقال الملك بها عوضاً أو معوضاً، وسنشرح حال كل واحد منهما في موضعه.

وأما ما لا يوجب العوض، إما لأنه لا ينقل الملك كالرهن والعارية، أو لأنه لا يوجب العوض مع انتقال الملك كالوقف والوصية، فلا شفعة به. لأن ما لا ينقل الملك لا يستحق به نقل الملك، وما لا عوض فيه لا معوض فيه.

فأما إذا قال الرجل لأم ولده: إذا خدمت ورثتني سنة بعد موتي، فلك هذا الشقص. فخدمتهم سنة بعد موته، فاستحقت الشقص. فاختلف أصحابنا: هل يغلب في ملكها للشقص حكم المعاوضات، أو حكم الوصايا؟ على وجهين:

أحدهما: أن حكم المعاوضات عليه أغلب، لأنها استحقته بخدمتها. فعلى هذا، يأخذه الشفيع بعد انقضاء السنة بأجرة مثل خدمتها تلك السنة.

والوجه الثاني: وهو الظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه: أن حكم الوصايا عليه أغلب لأمرين:

أحدهما: اعتباره من الثلث.

والثاني: ملكه الشقص عمن لم يملك الخدمة. فعلى هذا، يكون وصية على صفة بعد الموت، ولا شفعة فيها.

وأما ما اختلف قوله في وجوب العوض فيه، فعقد الهبة. اختلف قوله في وجوب المكافأة عليها، فقال في القديم والإملاء: بوجوب المكافأة عليها. فعلى هذا، تجب الشفعة بها بالثواب الذي تجب به المكافأة. فعلى هذا، لو شرط الثواب فيها قدراً معلوماً كان على قولين:

أحدهما: قاله في الإملاء: إن الهبة جائزة والشفعة فيها واجبة بالثواب المشروط، لأنها إذا صحت مع الجهل بالثواب كانت مع العلم به أصح.

والقول الثاني: إن الهبة بشرط الثواب باطلة، والشفعة فيها ساقطة، لأن تقدير العوض فيها يجعلها بيعاً، والبيع بلفظ الهبة باطل، فهذا حكم الهبة على قوله في القديم والإملاء.

وقال في الجديد: إن المكافأة على الهبة غير واجبة. فعلى هذا، لا شفعة بها، ويكون انتقال الملك بها في سقوط الشفعة به كانتقاله بالميراث، فهذا حكم الفصل الأول.

فصل: وأما الفصل الثاني: وهو ما تجب فيه الشفعة. فهي عراص الأرضين وما يتبعها متصلاً، دون غيرها. وجملة الأشياء أنها على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما وجبت فيه الشفعة مقصوداً وهي: عراص الأرضين المحتملة لقسمة الإجبار، فإن لم تحتمل قسمة الإجبار لصغرها كالطريق الضيقة وبياض البير فلا شفعة فيه. وقال أبو العباس بن سريج: يجب فيه الشفعة تعليلاً بسوء المشاركة، واستدامة الضرر بها، لتعذر القسمة، وبه قال أبو حنيفة.

وعند الشافعي رضي الله عنه: أنه لا شفعة فيها، تعليلاً في وجوبها بالخوف من مؤونة القسمة، وأن ما لا ينقسم جبراً فلا شفعة فيه، لارتفاع الضرر بمؤونة القسمة.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا شُفْعَةَ فِي فَنَاءٍ وَلَا طَرِيقٍ وَلَا مُنْقَبَةٍ وَلَا رُكْحٍ وَلَا رَهْوَةٍ»[1] قال أبو عبيد: «المنقبة: الطريق الضيقة بين الدارين، والركح: ناحية البيت من ورائه وما كان فضاء لا بناء فيه، يعني: إذا كان للسابلة والمارة. والرهوة: الجوبة تكون في محلة القوم يسيل فيها ماء المطر وغيره».

والقسم الثاني: ما تجب فيه الشفعة تبعاً، وهو البناء والغرس. فإنْ كان مبيعاً مع الأرض وجبت فيه الشفعة تبعاً للأرض إن كان فيها ما يحتمل قسمة الإجبار. وإن لم تحتملها، لم تجب فيه الشفعة عند الشافعي رضي الله عنه، ووجبت فيه عند أبي العباس بن سريج، وهو قول أبي حنيفة.

وإن كان البناء والغرس منفرداً عن الأرض في البيع، فلا شفعة فيه عند الشافعي رضي الله عنه وأبي حنيفة.

وقال مالك: تجب الشفعة في البناء المفرد، وفي الغراس، وفي الثمار، والمقاثي، والمباطح، لاتصاله بعراص الأرض المستحق فيها الشفعة.

وهذا خطأ، لقوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ» فجعل حدود القسمة شرطاً في إبطال الشفعة، فدل على استحقاقها فيما يجبر فيه على القسمة. ولأن البناء والغراس تبع لأصله، فلما لم يستحق في الأرض شفعة لخروجها عن العقد، لم يجب في البناء والغراس شفعة وإن دخلت في العقد.

فإذا تقرر أن لا شفعة فيما أفرد بالبيع من البناء والغراس، وكانت دار ذات علو مشترك وسفلها لغير الشركاء في علوها، فباع أحد الشركاء في العلو حقه، نظر في السقف: فإن كان لأرباب السفل فلا شفعة في الحصة المبيعة من العلو، لأنها بناء منفرد. وإن كان السقف لأرباب العلو، ففي وجوب الشفعة في الحصة المبيعة منه وجهان:

---

(١) أخرجه أبو عبيد في غريب الحديث ١/ ٤٣٢ وقال: «فمعنى الحديث في الشفعة: أن من كان شريكاً في هذه المواضع الخمسة وليس شريكاً في الدار نفسها، فإنه لا يستحق بشيء منها شفعة، وهو قول أهل المدينة، أنهم لا يقضون بالشفعة إلا للشريك المخالط، فأمّا أهل العراق فإنهم يرونها لكل جار ملاصق وإن لم يكن شريكاً».

أصحهما: لا شفعة فيه لأنه لا يتبع أرضا.

والوجه الثاني: فيه الشفعة، لأن السقف كالعرصة. ولقول الشافعي رضي الله عنه في كتاب الصلح: إن السقف أرض لصاحب العلو، ولأنه إذا حاز أحدهما حصته من البناء والسقف أمكن سكناه كالأرض.

القسم الثالث: ما لا تجب فيه الشفعة لا مقصوداً ولا تبعاً، وهو سائر الأشياء سوى ما ذكرناه. وقال عطاء بن أبي رباح: الشفعة واجبة في كل مشترك في متاع وحيوان وغيره من صنوف الأموال، وسيأتي الكلام معه.

فصل: وأما الفصل الثالث: وهو من تجب له الشفعة، فهو الخليط في الملك المبيع دون الجار، وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في شفعة الجوار.

وإذا كان كذلك، فلا فرق بين أن يكون الخليط وافر السهم، وبين أن يكون قليل السهم. حتى لو خالط بسهم من ألف سهم، استحق به الشفعة، وإن كان الخلطاء عدداً، كانت بينهم على ما سنذكره ولا فرق في خليط المالك إذا استقر ملكه بين أن يملك حصته بابتياع أو ميراث، أو وصية أو هبة من بائع الشقص أو من غيره، لأنه مالك قد يستضر بسوء المشاركة، ويتأذى بمؤونة المقاسمة.

وأما إن كانت حصة الخليط وقفاً، نظر في الوقف: فإن كان عاماً كالوقف على الفقراء والمساكين، أو على خاص لا يملك كالوقف على جامع أو مسجد، فلا يستحق به شفعة في المبيع.

وإن كان خاصاً على مالك كالوقف على رجل بعينه، أو على جماعة بأعيانهم، فلا يملك به الواقف شفعة لزوال ملكه عن الموقف.

فأما الموقوف عليه، فقد اختلف قول الشافعي رضي الله عنه: هل يكون مالكاً لرقبة الوقف أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يكون مالكاً لرقبته، وإنما يكون مالكاً لغلته. فعلى هذا، لا شفعة له لعدم ملكه.

والقول الثاني: يكون مالكاً لرقبة الوقف. فعلى هذا، في استحقاقه للشفعة به وجهان:

أحدهما: يستحق به الشفعة لثبوت ملكه، واستضراره بسوء المشاركة.

والوجه الثاني: لا شفعة له، لأنه ليس بتام الملك، ولا مطلق التصرف.

ثم الشفعة تجب للأب على ابنه، وللابن على أبيه، وللرجل على زوجته، وللمرأة على زوجها، وللسيد على مكاتبه، وللمكاتب على سيده، ولا يستحقها السيد على عبده، ولا على مدبره، ولا على أم ولده، ولا يستحقها أحدهم على سيده.

فصل: وأما الفصل الرابع: وهو ما تؤخذ به الشفعة. فهو ما جعل بدلاً عن الشقص المنقول الملك من ثمن إن كان في بيع، أو أجرة المثل إن كان في إجارة، أو مهر المثل إن كان في صداق، على ما سيأتي بيانه مفصلاً إن شاء الله تعالى.

فأما إن كاتب الرجل عبده على مال رجل كان له عليه، فصالحه العبد المكاتب عن مال نجّمه على شقص من دار، فالشفعة للشريك واجبة بمثل مال النجم، لأن السيد ملكه عوضاً عنه. فإن أخذه الشفيع بمثله ثم أدى المكاتب، أو عجز، فهو على ملكه فيما أخذه بشفعته وإن تأخر أخذه حتى عجز أو رق، ففي الشفعة وجهان:

أحدهما: قد بطلت، لأن الكاتب إذا عجز صار ماله لسيده بالملك لا بالمعاوضة.

والوجه الثاني: أن الشفعة الواجبة، لأن السيد ابتدأ ملك الشقص بالمعاوضة، فلا اعتبار بما أفضى إليه من سقوط المعاوضة.

وأما الإقالة، فقد قال أبو حنيفة: هي بيع ويستحق بها الشفعة.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن كانت بعد القبض فهي بيع، وإن كانت قبله فهي فسخ لا تجب بها الشفعة.

وعند الشافعي رضي الله عنه: أنها فسخ في الحالين ولا يستحق بها شفعة، لأنه لا يثبت فيها خيار، ولا يجوز أن يزاد في الثمن، ولا أن ينقص منه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ شُفْعَةَ إِلاَّ فِي مُشَاعٍ وَلِلشَّفِيعِ الشُّفْعَةُ بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ بِهِ الْبَيْعُ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. وإنما أخذها بالثمن، لرواية بعضهم ذلك عن

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

النبي ﷺ نصاً. ولأنه يدخل مدخل المشتري، فوجب أن يأخذ الشقص بما أخذ المشتري؛ ولأن عدولهما عن الثمن لا يخلو من ثلاثة أحوال فاسدة:

إما أن يأخذه بما يرضى به المشتري، وفي ذلك ضرر على الشفيع، لأنه قد لا يرضى إلا بأضعاف الثمن.

وإما أن يأخذه بما يرضى به الشفيع، وفي ذلك ضرر على المشتري لأنه قد لا يرضى إلا ببعض الثمن.

وإما أن يأخذه بالقيمة، فقد تكون أقل من الثمن فيستضر المشتري، وقد تكون أكثر من الثمن فيستضر الشفيع. وإذا بطلت هذه الأحوال، ثبت أخذها بالثمن.

فصل: فإذا ثبت أن الشفيع يأخذه بالثمن، فلا يخلو أن يكون الثمن: إما أن يكون له مثل كالدراهم والدنانير والبر والشعير، أو مما لا مثل له كالحيوان والعروض.

فإن كان مما له مثل، أخذه بمثله جنساً، وصفة، وقدراً. وإن كان مما لا مثل له كالعبد، أخذه الشفيع بقيمته في أقل الأحوال من وقت العقد إلى وقت تسليم المشتري له إلى البائع، لأنه إذا زاد فالزيادة حادثة في ملك البائع لم يتناولها العقد. وإن نقص، فالنقصان مضمون على المشتري، فخرج من العقد.

فصل: ولو كان الثمن ألف درهم فدفعها المشتري إلى البائع، فوجدها البائع زيوفاً، فهو بالخيار بين: أن يسامح، وبين أن يبدلها. فإن رضي بها، فللشفيع أن يأخذ الشقص بألف درهم جياداً.

ولو كان الثمن عبداً، فأعور العبد في يد المشتري، فللبائع الخيار بين: فسخ البيع ورد العبد، وبين الرضا بالعور وإمضاء البيع. فإن رضي بالعور، أخذه الشفيع بقيمة العبد أعور.

وقال أبو حنيفة: يأخذه بقيمته سليماً كما يأخذه بمثل الألف جياداً، لأنه ليس الرضا بالعيب الحادث حطاً في الثمن.

وهذا خطأ، لأن رضاه بعينه رضاً منه بأنه هو الثمن بعينه، والفرق بين العبد والألف: أن عور العبد لما أحدث له خيار أثر في فسخ البيع، وإذا استخف بها أخذ بدلها، فصار الجيد ثمناً له.

فصل: وإذا اشترى شقصاً من دار بمائة دينار، ثم وجد به عيباً نقصه عشر الثمن، فصالحه البائع من العيب على جارية، ثم حضر الشفيع، فله أخذ الشقص بتسعين ديناراً، لأن المشتري قد استرجع من المائة عشر دنانير. فإن دفع البائع إلى المشتري العشرة التي هي أرش العيب، فقد وصل إلى حقه من تمام الثمن، ولا مطالبة بينه وبين الشفيع. وإن امتنع البائع من دفعها ولم يرض إلا برد المبيع، لم يجبر على بذل الأرش، وقيل للشفيع: إن دفعت إلى المشتري عشرة دنانير ليستكمل بها المائة التي دفعها ثمناً، حقت لك الشفعة. وإن امتنعت لم تجبر على دفعها، ولزمك رد الشقص على المشتري، واسترجاع التسعين التي دفعتها.

فإذا عاد الشقص إلى المشتري، كان بالخيار بين: أن يأخذه معيباً بالمائة كلها، وبين أن يرده. فإن رضي أن يأخذه بالمائة، فلا شفعة للشفيع إن عاد مطالباً بها؛ لأنها قد عرضت عليه بالمائة فردها.

فلو أن الشفيع أنكر تقدم العيب وتصادق عليه البائع والمشتري، كان القول قول الشفيع مع يمينه على العلم دون البت، ولا يصدقان في الازدياد عليه. فإن نكل الشفيع حلف المشتري دون البائع، لأنه هو المستدرك لنقص العيب. فإن حلف، كان الشفيع مخيراً بين: العشرة دراهم تكملة المائة، أو الرد.

فصل: وإذا باع الرجل في مرضه شقصاً بألف درهم وهو يساوي ثلاثة آلاف درهم، إلا أنه حاباه في ثمنه بألفي درهم، فللمشتري وللشفيع ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يكونا أجنبيين من البائع.

والثانية: أن يكون المشتري وارثاً، والشفيع أجنبياً.

والثالثة: أن يكون المشتري أجنبياً، والشفيع وارثاً.

فأما الحال الأولى وهو: أن يكونا أجنبيين، فلا يخلو حال البائع من أن يملك مالا غير الشقص، أو لا. فإن كان يملك ما لا تخرج المحاباة من ثلثه، صحت المحاباة، وأخذ المشتري الشقص بألف درهم، وللشفيع أن يأخذه منه بالألف لأنه يملك الشفعة بالثمن مسترخصاً كان أو غالياً.

وإن كان البائع لا يملك غير الشقص، فللمشتري الخيار في أن يأخذ الشقص بألف

درهم، أو يرد ليحصل له نصف المحاباة، وبين ألف تكون ثلث التركة، ويرجع إلى الورثة ثلث الشقص وقيمة ألف مع ألف حصلت لهم ثمناً، فيصير مثلي المحاباة بالألف، ثم للشفيع أن يأخذ بالألف ثلثي الشقص العائد للمشتري بالألف.

وأما **الحال الثانية** وهو: أن يكون المشتري وارثاً والشفيع أجنبياً. فالمحاباة باطلة وإن خرجت من الثلث، لأنها وصية لوارث، والمشتري بالخيار بين: أن يأخذ ثلث الشقص بألف، وبين أن يرده.

فإن أخذ ثلثه بالألف فللشفيع أخذ الثلث منه بالألف. وإن رده المشتري، عرض على الشفيع قبل رده، فإن رضي أن يأخذ ثلث الشقص بالألف كان أحق وبطل رد المشتري؛ لأنه يرده ليحصل له الثمن الخارج من يده، وقد حصل له ذلك من جهة الشفيع، فوصل إلى حقه، ومنع من إبطال حق الشفيع برده، كما يمنع من رده بعيب لو ظهر إذا رضي الشفيع به، وتكون عهدة الشفيع على المشتري. فلو أن باقي الورثة أجازوا للوارث محاباته، وأعطوه الشقص كله، بالألف جاز. وفيما يأخذه الشفيع قولان مبنيان على اختلاف قوليه في إجازة الورثة: هل تكون عطية أو إمضاء؟:

أحدهما: أنه إمضاء. فعلى هذا للشفيع أن يأخذ الشقص كله بالألف.

والثاني: أنه ابتداء عطية، فعلى هذا يأخذ ثلث الشقص بالألف ويخلص للمشتري ثلثاه، لأنها عطية له خالصة.

وأما **الحال الثالثة**: وهو أن يكون المشتري أجنبياً والشفيع وارثاً. فللمحاباة وهي ألف درهم ثلاثة أحوال:

حال: يحتمل الثلث جميعها.

وحال: لا يحتمل الثلث شيئاً منها.

وحال: يحتمل الثلث بعضها.

فإن لم يحتمل الثلث شيئاً منها لإحاطة الدين بالتركة، بطلت المحاباة، وكان للمشتري الخيار في أخذ ثلث الشقص بالألف، أو رده. فإن أخذه كان الشفيع أحق به، وإن كان وارثاً لأنه لا محاباة فيه.

وإن احتمل الثلث جميع المحاباة، لأنه ذو مال يخرج الألفان من ثلثه، فالمحاباة بثلثي الشقص.

وإن احتمل الثلث بعضها وهو أن لا يملك غير الشقص المقوم بثلاثة آلاف درهم، احتمل الثلث نصف المحاباة وهو ثلث الشقص، وفيها أربعة أوجه حكاها ابن سريج:

الوجه الأول: أنها جائزة للمشتري والشفيع. لأن المشتري مقصود بها فصحت له، والشفيع داخل عليه فوجبت له. فعلى هذا يأخذ المشتري ثلثي الشقص بألف درهم، وللشفيع أخذ هذين الثلثين بالألف، ويرجع الثلث على الورثة مع الألف الصائرة إليهم ثمناً.

والوجه الثاني: أن المحاباة جائزة للمشتري دون الشفيع. لأن المشتري ممن يصح محاباته وهو بها مقصود، والشفيع ممن لا تصح محاباته وهو بها غير مقصود. فعلى هذا يأخذ المشتري ثلثي الشقص بألف، وللشفيع أن يأخذ منه ثلثه بألف، ويرجع إلى الورثة الثلث، فيصير الشقص أثلاثاً: ثلثه للورثة، لأن الثلث لا يحتمله. وثلثه للمشتري لأنها محاباة له. وثلثه للشفيع بعد رد المحاباة التي لا تصح له.

والوجه الثالث: أن المحاباة باطلة للمشتري وللشفيع جميعاً. لأنها قد تفضي إلى الشفيع الذي لا يصح له أن يملكها، وهي مقترنة بالمبيع الذي لا يجوز أن يفرد عنها. فعلى هذا، للمشتري أن يأخذ ثلث الشقص بالألف، وللشفيع أن يأخذ منه بالألف ويرجع الثلثان على الورثة.

والوجه الرابع: أن المحاباة موقوفة مراعاة. فإن عفا الشفيع عن شفعته صحت المحاباة للمشتري وأخذ ثلثي الشقص بالألف، ورجع الثلث إلى الورثة. وإن طالب بالشفعة بطلت المحاباة للمشتري، وأخذ ثلث الشقص بالألف، ويأخذه الشفيع منه بالألف، ويرجع الثلثان إلى الورثة.

فأما إذا كان الشفيع وارث المشتري وهما أجنبيان من البائع، صحت المحاباة للمشتري، واستحق الشفيع المحاباة بشفعته، لأنها ليست محاباة من المشتري. ألا ترى أنه يأخذها منه جبراً بلا اختيار؟.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ عَلِمَ فَطَلَبَ مَكَانَهُ فَهِيَ لَهُ وَإِنْ أَمْكَنَهُ فَلَمْ يَطْلُبْ بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ)(١).

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

قال الماوردي: اعلم أن الشفعة تجب بالبيع، وتستحق بالطلب، وتملك بالأخذ.

فإذا بيع الشقص ووجبت فيه الشفعة، لم يخل حال الشفيع من أحد أمرين: إما أن يعلم بالبيع، أو لا يعلم.

فإن لم يعلم بالبيع، فهو على حقه من الشفعة إذا علم. وإن تطاول به الزمان كالمشتري إذا لم يعلم بعيب ما اشترى، كان على حقه من الرد إذا علم.

فأما إذا علم بالبيع فله حالتان:

إحداهما: أن يكون قادراً على الطلب.

والحال الثانية: أن يكون معذوراً.

فإن كان قادراً على الطلب فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يبادر إلى الطلب فهو على حقه من الشفعة، ولا يحتاج إلى حكم حاكم في الأخذ بها، لأنها تثبت بنص أو إجماع، وإنما يفتقر إلى حكم الحاكم فيما ثبت باجتهاده.

فلو قال الشفيع حين بادر بالطلب: انظروني بالثمن واحكموا لي بالملك، لم يجز. وهكذا لو قال: احكموا لي بالملك حتى أُحضر الثمن، لم يجز أن يحكم بالملك حتى يكون الثمن حاضراً.

فلو أحضر رهناً بالثمن، أو عوضاً عنه، لم يجز أن يحكم له بالملك لأنه لا يجوز أن يزيل الضَّرر عن نفسه بالشفعة ويدخله على المشتري بالتأخير.

فإن سأل الوقف حتى يحضر الثمن، جاز أن ينظره الحاكم يوماً، أو يومين، وأكثره ثلاثاً. فإن جاء بالثمن، كان على حقه من الشفعة. وإن أخره عن المدة التي أنظره الحاكم بها، بطلت شفعته.

فصل: والحال الثاني من أحوال الشفيع بعد علمه بالبيع: أن يعفو عن الشفعة. والعفو على ضربين: صريح، وتعريض:

فالصريح أن يقول: قد عفوت عن الشفعة، أو تركتها ونزلت عنها، فهذا مبطل لشفعته.

والتعريض: أن يساوم المشتري في الشقص، أو يطالبه بالقسمة، أو يستأجره منه، أو يساقيه عليه.

فهل يكون التعريض بهذه الألفاظ كصريح العفو في إبطال الشفعة أم لا؟ على قولين نص عليهما في القديم:

أحدهما: أنه كالصريح في إبطال الشفعة، لاشتراكهما في المقصود بالعفو.

والقول الثاني: أنه على حقه ما لم يصرح بالعفو، لما فرق الله تعالى به في الخطبة بين حكم التعريض والتصريح.

فأما قوله للمشتري: بارك الله لك في صفقتك، فليس بعفو صريح ولا تعريض، لأن وصوله إلى الثمن من الشفيع بركة في صفقته. وهكذا لو شهد للمشتري في ابتياعه لم يكن عفواً صريحاً، ولا تعريضاً، لأن الشهادة وثيقة في البيع الذي بتمامه يستحق الشفعة، وجعل أبو حنيفة هذين الأمرين عفواً صريحاً. وأما أن قال: سأعفو، أو قال: إن شئت عفوت، فليس ذلك عفواً.

فصل: والحال الثالثة من أحوال الشفيع بعد علمه بالبيع وتمكنه من الأخذ، أن يمسك عن الطلب. ففيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: وهو قوله في الجديد والإملاء، وبه تقع الفتيا: أن الشفعة قد بطلت بانقضاء زمان المكنة، وأن حق طلبها على الفور.

والقول الثاني: أن حق الشفعة مؤقت بثلاثة أيام بعد المكنة، فإن طلبها إلى ثلاث كان على حقه، وإن مضت الثلاث قبل طلبه بطلت. قال الشافعي رضي الله عنه في كتاب السير: وهذا استحسان، وليس بأصل.

والقول الثالث: أن حق الشفعة ممتد على التراخي من غير تقدير بمدة، وبه قال في القديم.

فإذا قيل بالقول الأول: إن حق الشفعة على الفور، وبه قال أبو حنيفة، فوجهه: ما روي عن النبي ﷺ: «الشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ عِقَالٍ، فَإِنْ أَخَذَهَا فَهِيَ لَهُ، وَإِنْ تَرَكَهَا رَجَعَ بِاللَّائِمَةِ عَلَى نَفْسِهِ». ولأن حق الشفعة موضوع لإزالة الضَّرر، فاقتضى أن تكون على الفور كالرد

بالعيب. ولأن في استدامتها إدخال ضرر على المشتري مستديماً، إذ ليس يعلم بقاء ملكه فيتصرف، ولا زوال ملكه فيطالب بالثمن.

وأن ما وضع لإزالة الضرر لم يجز أن يدخل به أعظم الضرر، فعلى هذا القول يعتبر بالمكنة المعهودة من غير إرهاق ولا عجلة.

فإذا علم، مكّن بعد العلم من لبس ثوبه، وجمع ماله، وغلق بابه، وصلاة وقته. فإذا توجه إلى المشتري مشى على مهل كعادته، فإذا ألقى المشتري جاز أن يبدأ بالسلام عليه قبل المطالبة.

وقال محمد بن الحسن: إن قدم السلام على المطالبة، بطل حقه من الشفعة. وهذا خطأ، لما فيه من ترك السنة المأثورة، وخرق العادة المستحسنة.

ولكن لو حادثه بعد السلام وقبل المطالبة، بطل حقه من الشفعة. وعلى هذا، لو طلب ثم أمسك بعد الطلب من غير صريح بالعفو ولا تعريض، بطلت شفعته حتى يكون مستديماً للطلب بحسب المكنة.

وقال أبو حنيفة: شفعته باقية أبداً إذا قدم الطلب، ما لم يصرح بالعفو.

وقال محمد بن الحسن: شفعته باقية في زمان إمساكه إلى مدة شهر، فإن طلب بعده وإلا سقطت شفعته. وكلا المذهبين، لأن المقصود بالطلب الأخذ، فإذا أمسك عنه لم يكن للطلب تأثير، وبطل بالإمساك خياره.

فصل: وإذا قيل بالقول الثاني: إن حق الشفعة مقدر بثلاثة أيام بعد المكنة، فوجهه: أن الشفعة موضوعة لارتفاق الشفيع بها في التماس الحظ لنفسه في الأخذ أو الترك، ولإجبار المشتري في حسن المشاركة فيقرأ، وفي سوء المشاركة ليصرف.

فلو روعي فيه الفور، ضاق على الشفيع. ولو جعل على التأبيد، أضر بالمشتري، فاحتيج إلى مدة يتوصل بها الشفيع إلى التماس حظه، ولا يستضر المشتري بتأخيره، فكان أولى الأمور في تقديرها بثلاثة أيام، خلاف ما قال مالك في تقديرها بسنة في رواية ابن وهب، وبأربعة أشهر في رواية غيره لأمرين:

أحدهما: أن الثلاث حد في الشرع لمدة الخيار.

والثاني: أنها أقصى حد القلة وأدنى حد الكثرة.

ألا ترى أن الله تعالى قضى بهلاك قوم أنظرهم بعده ثلاثاً لقوله تعالى: ﴿تَمَتَّعُوا في دارِكُم ثلاثَةَ أيامٍ ذلك وعدٌ غيرُ مَكْذُوب﴾[1]. وقد «أذن النبي ﷺ للمهاجر أن يقيم في مكة بعد قضاء نسكه ثلاثاً»[2]. فعلى هذا لو حصل في خلال الثلاثة أيام زمان تتعذر فيه المطالبة، لم تحسب منها، لقوله: زمان يتمكن في جميعها بالمطالبة.

فصل: وإذا قيل بالقول الثالث: إن حق الشفعة على التراخي، فوجهه قوله ﷺ: «فإن باع فشريكه أحق به حتى يؤذنه» فكان على عموم الأوقات. ولأن ما ملك من الحقوق لا يبطل بالتأخير كالديون، ولأن تأخير الشفعة أرفق بالمشتري في حصول الشفعة، ويملك الغلة والأجرة. فعلى هذا، في الذي يسقط حقه من الشفعة ثلاثة أقاويل:

أحدها: العفو الصريح دون غيره من التعريض، وليس للقاضي أن يقطع خياره إذا رفع إليه، لأن الحاكم لا يملك إسقاط الحقوق كالديون.

والثاني: أن شفعته تسقط بأحد أمرين: إما بالعفو الصريح، أو بما يدل عليه من التعريض على ما ذكرنا.

والقول الثالث: إن شفاعته تسقط بأحد ثلاثة أمور: إما بالعفو الصريح، أو بما يدل عليه من التعرض، أو بأن يحاكمه المشتري إلى القاضي فيلزمه الأخذ أو الترك. فإن أخذه فلا حكم عليه بإبطال الشفعة، لأن القاضي مندوب إلى فصل الخصومات، وقطع المنازعات.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا وأخذ الشفيع الشقص بالشفعة، لم يجز أن يشترط فيه خيار الثلاث. وفي استحقاق خيار المجلس وجهان حكاهما أبو القاسم بن كج:

أحدهما: له خيار المجلس، لأنه يخلف عقد البيع.

والثاني: لا خيار له، لأنه يملك الشقص ملك إجبار، لا عن مراضاة.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ عَلِمَ فَأَخَّرَ الطَّلَبَ، فَإِنْ كَانَ لَهُ عُذْرٌ مِنْ حَبْسٍ أَوْ غَيْرِهِ فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ، وَإِلاَّ فَلاَ شُفْعَةَ لَهُ، وَلاَ يَقْطَعُهَا طُولُ غَيْبَتِهِ، وَإِنَّمَا يَقْطَعُهَا أَنْ يَعْلَمَ فَيَتْرُكَ)[3].

---

(١) سورة هود، الآية: ٦٥.

(٢) سبق تخريجه في الحج.

(٣) مختصر المزني: ص ١٢٠.

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا علم الشفيع بالبيع وكان معذوراً بترك الطلب إما لغيبة أو مرض أو حبس، فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقدر على التوكيل في الطلب له. فإن وكل كان على حقه من الشفعة، بل لو وكل وهو قادر على الطلب بنفسه جاز، وكان على شفعته. لأن من ثبت له حق، فله الخيار في استيفائه بنفسه أو وكيله. وهل إذا قدر على التوكيل مع عجزه عن الطلب بنفسه، يكون التوكيل واجباً عليه وشرطاً في بقاء شفعته أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول أبي حامد المروزي نص عليه في جامعه: أن التوكيل واجب عليه بعوض وغير عوض لكونه قادراً به على الطلب.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي الطبري، نص عليه في إفصاحه: أن التوكيل غير واجب عليه بعوض وغير عوض، لأن في بذل العوض التزام غرم، وفي التطوع به منَّة لاحقة.

والوجه الثالث: هو قول بعض المتأخرين: إن وجد متطوعاً بالوكالة وجب عليه التوكيل لقدرته على الطلب من غير ضرر، وإن لم يجد إلا مستعجلاً لم يجب عليه التوكيل لما فيه التزام زيادة على الثمن.

فعلى هذا، إن قيل: بوجوب التوكيل، بطلت شفعته إن لم يوكل. وإن قيل: إنها غير واجبة، كان على شفعته.

فصل: والحال الثانية: أن يعجز على التوكيل ويقدر على الإشهاد بالطلب، فعند أبي حنيفة: أن الإشهاد شرط في استحقاق الشفعة مع القدرة على الطلب والعجز عنه، وأنه متى لم يشهد مع مكنته من الإشهاد بطلت شفعته.

وعند الشافعي رضي الله عنه: أن الإشهاد مع القدرة على الطلب ليس بواجب، لأن الإشهاد إنما يراد ليكون بينة له على إرادة الطلب، فاستغنى عنه بظهور الطلب.

فأما وجوب الإشهاد مع العجز عن الطلب، ففيه قولان:

أحدهما: وهو ظاهر نصه ها هنا: إن الإشهاد ليس بواجب، وهو على شفعته إن تركه كالقادر على الطلب.

والقول الثاني: إن الإشهاد واجب، وتركه مبطل للشفعة. والفرق بين القادر على

الطلب والعاجز عنه، أن ظهور الطلب من القادر عليه يغني عن الإخبار بمراده، والعاجز عنه قد يحتمل أن يكون إمساكه تركاً للشفعة، ويحتمل أن يكون قصداً للطلب مع المكنة، فافتقر إلى نفي الاحتمال في الإخبار عن مراده بالإشهاد.

فعلى هذا، يجب أن يشهد ويكون بينة كاملة عند الحاكم، وهو أن يشهد شاهدين عدلين، أو شاهداً وامرأتين.

فإنْ أشهد شاهداً واحداً ليحلف معه لم يجز، لأن من الحكام من لا يحكم بالشاهد واليمين، فلم يصر مستوثقاً لنفسه بالإشهاد. ولو أشهد عبيداً، أو صبياناً، أو فساقاً، لم يجزه.

وقال أبو حنيفة: يجزيه إشهادهم، لأنه قد يعتق العبد، ويرشد الفساق، ويبلغ الصبيان. وهذا خطأ، لأن مقصود الشهادة هو الأداء، فلم ينفع إشهاد من لا يصح منه الأداء.

وليس ما ذكره من جواز انتقالهم عن أحوالهم، بأغلب من جواز بقائهم على أحوالهم، فلو لم يشهد وطالب عند الحاكم بالشفعة فهو أقوى من الشهادة في ثبوت الشفعة.

فصل: والحال الثالثة: أن يعجز عن التوكيل والإشهاد، فهو على حقه من الشفعة وإن تطاول به الزمان، ما لم يقدر على القدوم للطلب. فإن قدر على القدوم فأخذ فيه على المعهود والمسير من غير إرهاق ولا استعجال، كان على شفعته، وإن أخر قدومه عن وقت المكنة، بطلت شفعته.

فإن اختلفا فقال المشتري: أخرت القدوم مع القدرة عليه. وقال الشفيع: أخرته للعجز عنه، فالقول قول الشفيع مع يمينه إذا كان ما قاله ممكناً، ويكون على شفعته ولا يقبل قول المشتري في إبطالها.

وهكذا لو قال المشتري: قدمت لغير المطالبة، وقال الشفيع قدمت للطلب، كان القول قوله مع يمينه، وهو على شفعته. وهكذا لو قال المشتري: تقدم علمك على زمان الطلب، وقال الشفيع: لم أعلم إلا وقت الطلب، فالقول قول الشفيع مع يمينه.

فصل: فأما ما يصير به عالماً، فالبينة العادلة، وكل خبر وقع في نفسه صدقه، ولو من

امرأة أو عبد أو كافر. ولأن ما تعلق بالمعاملات يستوي فيه خبر الحر والعبد والعمل والفاسق إذا وقع في النفس أن المخبر صادق.

وقال أبو حنيفة: لا يصير عالماً إلا بالبينة العادلة، لأن الحق لا يثبت إلا بها.

ولو علم الشفيع بالبيع فأمسك عن الطلب لجهله استحق الشفعة، ففي بطلانه وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في الأمة إذا أعتقت تحت عبد فأمسكت عن الفسخ لجهلها باستحقاقه.

فصل: وإذا تبايعا بالبصرة شقصاً من دار بمصر، وحضر الشفيع مطالباً، فأخر طلبها مع القدرة عليه ليأتي مصر فيطالبه بها، بطلت شفعته؛ لأن قدرته على أخذها بالبصرة كقدرته على أخذها بمصر. ولكن لو أنكره المشتري بالبصرة أنه خليط فأخرها ليقيم البينة بمصر، كان على شفعته إذا لم يجد بينة بالبصرة. واختلف أصحابنا فيما تشهد به البينة في استحقاق الشفعة على وجهين:

أحدهما: أنه لا شفعة له، إلا أن تشهد له البينة بالملك، وبه قال أبو حنيفة، لأنه لا ينتزع ملكاً بأمر محتمل.

والوجه الثاني: أنه يستحق إذا شهدت له البينة باليد، وبه قال أبو يوسف، لأنها حجة في الملك. لكن يحلف الشفيع مع بينته باليد أنه مالك، ثم يحكم له بالشفعة.

فصل: وإذاعرض الشقص قبل البيع على الشفيع فلم يشتره، ثم بيع، فله المطالبة بالشفعة، ولا يسقط حقه منها بامتناعه من الشراء لوجوبها بالبيع الحادث. فلو عفا الشفيع عنها قبل الشراء، كان عفوه باطلاً، وهو على حقه من الشفعة بعد الشراء؛ لأنه عفا عنها قبل استحقاقها، فصار كإبرائه من الدين قبل وجوبه.

فصل: وإذا صالح الشفيع المشتري على ملك يأخذه منه عوضاً على ترك الشفعة، لم يجز وكان صلحاً باطلاً، وعوضاً مردوداً. كما لا يجوز أن يعاوض على ما قد استحقه من دين، أو خيار مجلس، أو شرط. وفي بطلان شفعته بذلك وجهان:

أحدهما: قد بطلت لأنه تارك لها.

والوجه الثاني: أنها لا تبطل، لأن الترك مشروط بعوض، فلمّا بطل العوض بطل الترك.

فصل: وإذا عفا الشفيع عن بعض الشفعة، لم يتبعض العفو، وفيه وجهان:

أحدهما: أن العفو باطل، وهو على حقه من الشفعة في الكل، لأن العفو لما لم يكمل بطل. وبه قال أبو يوسف.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج: إن العفو صحيح في الكل تغليظاً لما ظهر من حكم التسليم، وبه قال محمد بن الحسن.

فصل: وإذا وجبت الشفعة لخليط فباع حصته قبل الأخذ أو الترك، لم يخل حاله عند بيعها من أحد أمرين: إما أن يبيعها قبل العلم بالشفعة، أو بعد العلم بها.

فإن باع حصته بعد العلم بها، فلا شفعة له، لأن المعنى الموجب لها من سوء المشاركة والخوف من مؤونة القسمة، وهذا ارتفع بالبيع وزوال الملك. فعلى هذا، لو باع بعض حصته ففي بطلان شفعته وجهان مخرجان من بعض شفعته:

أحدهما: أنها لا تبطل وهو على حقه منها، لأنها تستحق بقليل الملك، كما تستحق بكثيره.

فأما إن كان بيعه لحصته قبل العلم بشفعته ففي بطلان الشفعة وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: إن شفعته قد بطلت، لأنه باع الملك المقصود بالشفعة.

والوجه الثاني: حكاه أبو حامد الإسفراييني: إنه على شفعته لأنه قد ملكها، وليس في بيعه قبل العلم عفو عنها. والوجه الأول أصح لما ذكرنا من التعليل.

فصل: فلو علم بالمبيع وقيل له: إن الثمن ألف درهم فعفا عن الشفعة، ثم بان أن الثمن مائة دينار، كانت له الشفعة، ولا يؤثر فيها ما تقدم من العفو، لأنه قد يعفو عن الدراهم لإعوازها معه ويقدر على الدنانير.

وهكذا لو قيل له: إن الثمن مائة دينار فعفا عن الشفعة، ثم بان أنه ألف درهم، كان على شفعته.

وقال أبو يوسف: إن كان قيمة الألف مائة دينار فصاعداً فلا شفعة له، وإن كان قيمة الألف أقل من مائة دينار فله الشفعة. وهذا خطأ لاختلاف الأغراض باختلاف الجنسين.

ولكن لو قيل له: إن الثمن ألف درهم فعفا، ثم بان أن الثمن أقل من ألف، كان على شفعته.

وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة له. وهذا خطأ، لأنه عفا عنها لاعتقاد الغلاء، فكان له أن يأخذها عند ظهور الرخص.

ولكن لو بان أن الثمن أكثر من ألف فلا شفعة له، لأن من كرهها بالألف كان بأكثر منها أكره.

فصل: ولو قيل له: إن المبيع سهم من عشرة أسهم، فعفا عن الشفعة ثم بان أن المبيع خمسة أسهم من عشرة، كان على شفعته، لأنه قد يقل انتفاعه بالسهم فيعفو، ويكثر انتفاعه بالخمسة فيأخذ.

ولو قيل له: إن المبيع خمسة أسهم من عشرة فعفا، ثم بان أنه سهم من عشرة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ثمنها واحداً فلا شفعة له، لأن من كره أخذ خمسة أسهم بمائة درهم، كان لأخذ سهم واحد بالمائة أكره.

والضرب الثاني: أن يكون ثمنها مختلفاً على قدر السهام، فهو على شفعته لأنه قد يعفو عن الخمسة الأسهم لعجزه عن ثمنها، ويريد السهم الواحد لقدرته على ثمنه.

ولو قيل له: إن المشتري زيداً فعفا عنه، ثم بان أنه عمرو، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا شفعة له، لأن معرفة المشتري شرط في المطالبة والعفو، وهذا قول من جعل علة الشفعة الخوف من مؤونة القسمة.

والوجه الثاني: أنه على شفعته، لأنه قد يكون زيد أحسن مشاركة من عمرو، وهذا قول من جعل علة الشفعة الخوف من سوء المشاركة.

فصل: فلو كان مشتري الشقص وكيلاً فعفا الشفيع عن الشفعة على الإطلاق، أو عفا عن الموكل دون الوكيل، بطلت شفعته. ولو عفا عن الوكيل دون الموكل، ففي بطلان شفعته وجهان:

أحدهما: قد بطلت، لأن الوكيل خصم فيها.

والثاني: أنها لا تبطل، لأنها مستحقة على غيره. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِيَ مَعَ يَمِينِهِ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن، فادعى المشتري أن الثمن ألف، وقال الشفيع: خمسمائة، ولا بينة لواحد منهما، فالقول قول المشتري مع يمينه لأمرين:

أحدهما: أنه مباشر للعقد، فكان أعلم به من غيره.

والثاني: أنه مالك للشقص، فلم ينتفع منه إلا بقوله. فإن حلف المشتري على ما ادعى من الثمن أخذه الشفيع به إن شاء، وإن نكل المشتري ردت اليمين على الشفيع، فإن حلف أخذه بما قال.

فإن قيل: فهلا تحالفا عليه كما يتحالف المتبايعان؟

قيل: لأن كل واحد من المتبايعين مدع ومدعى عليه، فتحالفا لاستوائهما، وفي الشفعة الشفيع وحده منفرد بالدعوى أنه مالك للشقص بما ادعى، فكان القول قول المشتري لتفرده بالإنكار.

فإن أقام أحدهما بينة بما ذكره من الثمن حكم بها، والبينة: شاهدان، أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين. فإن أقامها المشتري، استفاد بها سقوط اليمين.

فلو شهد له البائع بما ادعى من الثمن، ردت شهادته لأنه متهم في شهادته، لأنه شاهد بالزيادة لنفسه.

ولو أقام الشفيع البينة، استفاد بها الحكم بقوله. فإن شهد له البائع بما ادعى من الثمن، ردت شهادته لأنه متهم في شهادته بنقص الثمن عند الرجوع عليه بالدرك، مع أنه عاقد في الحالين، فلم تقبل شهادته فيما تولى عقده.

فلو أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعى من الثمن، فعند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن: إن بينة الشفيع أولى للاتفاق عليها، وعند أبي يوسف: إن بينة المشتري أولى، لأن فيها زيادة علم. ويخرج في مذهب الشافعي رضي الله عنه على قولين من تعارض البينتين:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

أحدهما: إسقاطهما بالتعارض، ويكون القول قول المشتري مع يمينه.

والثاني: الإقراع بينهما، فمن خرجت بينته كان أولى. وهل يحلف معها أم لا؟ على قولين من اختلاف قوليه في القرعة: هل جاءت مرجحة للدعوى، أو للبينة؟.

فصل: فعلى هذا، لو أخذه الشفيع بالألف عند يمين المشتري، ثم قامت البينة أن الثمن خمسمائة، رجع الشفيع على المشتري بخمسمائة، ولا خيار للشفيع لأنه لما رضي الشقص بالألف كان بالخمسمائة أرضى. ولو أخذه الشفيع بخمسمائة بيمينه مع نكول المشتري ثم قامت البيّنة أن الثمن ألف، كان الشفيع مخيراً بين: أن يأخذه بالألف، أو يردَّه. ولو ادَّعى أن الثمن عبد قيمته ألف، فأخذ الشفيع بها، ثم بان أن الثمن ثوب، فإن كانت قيمته ألفاً لم يتراجعا بشيء، لأن المستحق فيه القيمة وهما سواء. وإن كانت قيمة الثوب أكثر، لم يرجع المشتري بالزيادة لأنه مقر باستيفاء حقه. وإن كانت قيمة الثوب أقل، رجع الشفيع بنقصها على المشتري، ولا خيار له. والله أعلم.

فصل: فلو قال المشتري: إن الثمن ألف، فقال الشفيع: لست أعلم قدر الثمن مع علمي بنقصه عن الألف، فله إحلاف المشتري. فإن رد اليمين عليه، لم يكن له أن يحلف حتى يعلم قدر الثمن. ولو لم يعلم الشفيع هل الثمن ألف أو أقل، فهل يستحق إحلاف المشتري إم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يستحق إحلافه حتى يعلم خلاف قوله، لأن اليمين لا تجب بالشك.

والوجه الثاني: يستحق إحلافه ما لم يعلم صدقه، لأن المال لا يملك بمجرد القول.

فصل: ولو قال المشتري: لا أعلم قدر الثمن لنسيان حدث، قيل للشفيع: أتعلم قدره أم لا؟

فإن قال: لا أعلم قدره، فلا شفعة له، وله إحلاف المشتري أنه لا يعلم قدر الثمن. وإنما بطلت الشفعة لأنها تستحق بالثمن، فكان جهلهما به مانعاً من استحقاقها بمجهول.

وإن قال الشفيع: أنا أعلم قدر الثمن وهو خمسمائة درهم، وقال المشتري: قد نسيت قدر الثمن. قيل للمشتري: أتصدق الشفيع على ما ذكر من الثمن؟ فإن قال: نعم، أخذ الشقص بخمسمائة من غير يمين. وإن أكذبه الشفيع، قال الشافعي رضي الله عنه: حلف المشتري بالله ما يعلم قدر الثمن، ولا شفعة.

واختلف أصحابنا في ذلك، فكان أبو حامد المروزي، والإسفراييني: يجعلان هذا القول مذهباً له في هذه المسألة، ويبطلان يمين المشتري الشفعة، تعليلاً بأن الثمن موقوف على عاقده وقد جهل الثمن لنسيانه، فبطلت الشفعة.

وكان أبو العباس بن سريج وأبو علي بن أبي هريرة يجعلان هذا الجواب مصروفاً إلى المسألة الأولى عند نسيان المشتري وجهل الشفيع، ويقولان: إن نسيان المشتري مع علم الشفيع يوجب إحلاف الشفيع دون المشتري ويحكم له بالشفعة. وهذا هو الصحيح، لأن نسيان المشتري كالنكول، فوجب رد اليمين على الشفيع.

وقال الشافعي رضي الله عنه: وسواء في ذلك قديم الشراء وحديثه. وهذا إنما أراد به مالكاً، فإنه قال: إن ادعى المشتري نسيان الثمن والشراء حديثاً حلف الشفيع وحكم له بالشفعة، وإن كان الشراء قديماً حلف المشتري وبطلت الشفعة، وهذا قول مرذول، وفرق معلول.

فصل: فأما إن اختلف البائع والمشتري في الثمن فقال البائع: بعته بألف، وقال المشتري: اشتريته بخمسمائة، فإنهما يتحالفان. فإذا حلف، ففي بطلان البيع بتحالفهما وجهان ذكرناهما في البيوع:

أحدهما: أنه قد بطل. فعلى هذا، يعود الشقص إلى البائع، ولا شفعة فيه.

والوجه الثاني: أن البيع لا يبطل إلا بالفسخ. فعلى هذا، لا يخلو حال الثمن من أحد أمرين: إما أن يكون معيناً، أو غير معين.

فإن كان الثمن معيناً كقول البائع: بعتك شقصي بهذا العبد، فيقول المشتري: اشتريته بهذا الثوب، فإذا تحالفا وامتنع المشتري أن يأخذه بالعبد الذي ادعاه البائع ثمناً، لم يعرض على الشفيع، لأن عين ذلك العبد لا يحصل للبائع من جهة الشفيع، وفسخ الحاكم البيع بينهما، وأبطل الشفعة فيه.

وإن كان الثمن غير معين، كقول البائع: بعتك الشقص بألف، فيقول المشتري: اشتريته بخمسمائة، عرض الشقص على المشتري والشفيع بالألف ليأخذاه بها أو يرداه، لأنه قد يحصل البائع على ما ادعاه من القدر من الشفيع والمشتري، فلذلك عرض عليهما. وإذا كان كذلك، فللمشتري والشفيع أربعة أحوال:

أحدها: أن يرضيا جميعاً به، فيلزم المشتري الألف، وللشفيع أن يأخذ منه الشقص بالألف.

والحال الثانية: أن يرداه جميعاً بالألف، فيفسخ البيع وتبطل الشفعة.

والحال الثالثة: أن يرضاه المشتري بالألف ويرده الشفيع بها، فيلزم البيع للمشتري بالألف، وتبطل شفعة الشفيع.

والحال الرابعة: أن يرضى به الشفيع بالألف ويرده المشتري، فيكون رد المشتري باطلاً لما فيه من إسقاط حق الشفيع، ويصير البيع لازماً للمشتري ليتوصل به الشفيع إلى حقه من الشفعة، ويأخذ الشقص منه بالألف. فلو رده الشفيع بعيب، رده على المشتري، ورجع عليه بالثمن، لأن عهدته عليه، وللمشتري حينئذ أن يفسخ البيع.

مسالة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِسِلْعَةٍ فَهِيَ لَهُ بِقِيمَةِ السِّلْعَةِ)[1].

قال الماوردي: وجملة الأثمان ضربان:

ضرب: له مثل كالدراهم و الدنانير والبر والشعير، فالشفعة فيه واجبة بمثل الثمن جنساً وصفةً وقدراً. فإن بذل الشفيع قيمة الثمن وامتنع المشتري، أو طلب المشتري قيمة الثمن وامتنع الشفيع، فالقول قول من امتنع من القيمة ودعا إلى المثل، إلا أن يتراضيا جميعاً بالقيمة ويعدلا عن الثمن.

والضرب الثاني: ما لا مثل له كعبد أو ثوب، فالشفعة واجبة بقيمة الثمن.

وقال الحسن البصري: إذا لم يكن للثمن مثل فلا شفعة فيه. وهذا خطأ لقوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم» ولأن وضع الشفعة لدفع الضرر يوجب أخذها بكل ثمن، وفي إبطالها بما لا مثل له ذريعة إلى أن يقصد المتبايعان إبطالها بما لا مثل له.

فإن اختلفا في قيمتها وهناك بينة، عمل عليها. وإن عدما البينة، كان القول قول المشتري مع يمينه لما ذكرنا.

مسالة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ تَزَوَّجَ بِهَا فَهِيَ لِلشَّفِيعِ بِقِيمَةِ المَهْرِ)[2].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢٠.

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا تزوجها على شقص أصدقها وجبت فيه الشفعة، وهكذا لو خالعها عليه.

وقال أبو حنيفة: لا شفعة فيه، استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه مملوك بغير مال، فلم تجب فيه الشفعة كالهبة والميراث.

والثاني: أن البضع لا يقوم إلا في عقد أو شبه عقد، وليس بين الشفيع وبينها ما يوجب تقويم بضعها.

ودليلنا: عموم قوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسم»[1] ولأنه عقد معاوضة، فجاز أن تثبت فيه الشفعة كالبيع. ولأنه عقد يجري فيه الرد بالعيب، فوجب أن تثبت فيه الشفعة كالبيع. ولأنه معنى وضع لدفع الضرر عن الملك، فوجب أن يثبت في الصداق كالرد بالعيب. ولأنه معنى يوجب زوال اليد المستحدثة عن المشتري، فوجب أن يستحق زوال اليد عن الصداق كالاستحقاق. ولأن كل عقد استحق فيه إقباض الشقص، استحق به إقباضه شفعة كالبيع. ولأن كل قبض وجب في عقد البيع، وجب في عقد الصداق كالقبض الأول. وبيانه أن في البيع قبضين:

قبض المشتري من البائع، وقبض الشفيع من المشتري. ثم وجب في الصداق قبض الزوجية من الزوج، فوجب قبض الشفيع من الزوجة.

وأما الجواب عن قوله: «إنه مملوك بغير مال» فهو: أن البضع في حكم الأموال لأمرين:

أحدهما: أنه يعاوض عليه بمال.

والثاني أنه مقوم في اغتصابه بالمال، وما لم يكن مالاً لم يقوم في استهلاكه بالمال.

ثم المعنى في الهبة والميراث: أنه مملوك بغير بدل، فلم تجب فيه الشفعة، والصداق مملوك ببدل فوجبت فيه الشفعة.

وأما الجواب عن قوله: «إن البضع لا يقوم إلا في عقد أو شبه عقد» فهو: أنه غير مسلم، لأن المغتصبة مقومة البضع عندنا على غاصبها، والمشهود بطلاقها مقومة البضع

---

(١) سبق تخريجه.

على الشهود إذا رجعوا للزوج دونها. فصار بضعها مقوماً في غير عقد وشبهة في حقها وحق غيرها، فلم يمنع من تقويمه في شفعة صداقها.

فصل: فإذا ثبت وجوب الشفعة في الصداق والخلف، فمذهب الشافعي رضي الله عنه: أنه مأخوذ بمهر المثل.

وقال مالك وابن أبي ليلى: يؤخذ بقيمته، لا بمهر المثل. وحكي نحوه عن الشافعي رضي الله عنه في القديم، لأن المهور قد يزاد فيها وينقص، فخالفت البيوع. وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: وجود هذا المعنى في الأثمان لجواز الزيادة والنقصان، ثم لم يمنع أن يؤخذ الشقص بمثل الثمن، كذلك لا يمنع في الصداق أن يؤخذ بقيمة البضع.

والثاني: أن ما لا مثل له من الأعواض يوجب الرجوع إلى قيمة العوض دون الشقص كالعبد والثوب، كذلك البضع الذي لا مثل له يوجب الرجوع إلى قيمته من المهر دون الشقص.

فصل: فإذا ثبت أنه مأخوذ بمهر المثل، فسواء كان قيمة الشقص بإزاء مهر المثل، أو كان زائداً عليه، أو ناقصاً عنه حتى لو كان مهر المثل ديناراً، وقيمة الشقص مائة دينار. ولو كان مهر المثل مائة دينار، وقيمة الشقص ديناراً، أخذ بمائة دينار.

فعلى هذا، لو اختلفا في مهر المثل، ترافعا فيه إلى الحاكم ليجتهد في مهر مثلها ويسقط تنازعهما. فإن تعذر ذلك على الحاكم لموتها، أو لتغير حالها، أو لاختلاف ذلك في أهلها وعشائرها، وأمكن ما قالاه، فالقول قولها مع يمينها، لاختلافهما في الثمن.

فصل: ثم يتفرع على ما مهدنا من هذا الأصل ثلاثة فروع:

أحدها: أن يتزوجها على شقص من دار، ويأخذ منها ديناراً، فيصير الشقص في مقابلة بضع ودينار، فيكون ما قابل الدينار بيعاً، وما قابل البضع صداقاً، فيخرج على قولين من اختلاف قوليه في العقد إذا جمع بيعاً وصداقاً:

أحدهما: باطل فيهما، ولا شفعة فيه.

والثاني: جائز فيهما. فعلى هذا، يأخذ الشقص بمهر المثل وبدينار، لأن الصداق من الشقص مأخوذ بمهر المثل، والمبيع منه مأخوذ بالدينار الذي هو الثمن.

فلو قال الشفيع: أنا آخذ المبيع من الشقص دون الصداق كان له ذلك، لأن كل واحد منهما عقد يختص بحكم. وإن جمعهما صفقة، فعلى هذا ينظر قدر مهر المثل: فإذا كان خمسة دنانير ضم إليها دينار الثمن، وقسم الشقص على ستة أسهم، فيكون المبيع منه بالدينار السدس، فيأخذ الشفيع سدس الشقص بدينار وهو القدر المبيع منه.

ولو قال: آخذ الصداق من الشقص دون المبيع، أخذ خمسة أسداسه بمهر المثل وهو خمسة دنانير.

فصل: والفرع الثاني أن يتزوجها على شقص من دار ودينار، فيصير الصداق شقصاً وديناراً، فيأخذه الشفيع بحصته من مهر المثل. وهو أن يقوم الشقص، فإن كانت قيمته ثلاثة دنانير صار الصداق كله أربعة دنانير، فيكون الشقص في مقابلة ثلاثة أرباع الصداق، فيأخذه بثلاثة أرباع مهر المثل زائداً كان أو ناقصاً.

فصل: والفرع الثالث مركب من الفرعين الماضيين، وهو أن يتزوجها على شقص من دار وعبد على أن يأخذ منها ثوباً، فيكون ما قابل الثوب من الشقص والعبد بيعاً، وما قابل البضع صداقاً، فيخرج على ما ذكرنا من القولين:

أحدهما: أنه باطل فيهما جميعاً، ولا شفعة، ويترادان، ولها مهر المثل.

والقول الثاني: أنه جائز فيهما جميعاً. فعلى هذا، تسقط الشفعة في العبد، ويستحق في الشقص بحصته من مهر المثل، وقيمة الثوب. وهو أن ينظر قيمة الشقص، فإذا كانت عشرة نظر قيمة العبد. فإذا كانت خمسة، علم أن الشقص في مقابلة ثلثي الصداق وثلثي الثوب، فيأخذه الشفيع بثلثي مهر المثل وبثلثي قيمة الثوب.

فلو قال الشفيع: أريد أن آخذ منه المبيع دون الصداق، نظر قدر ثلثي مهر المثل: فإذا كانت عشر، نظر قيمة ثلثي الثوب، فإذا كانت خمسة علم أن المبيع من الشقص الثلث والصداق منه ثلثان، فيأخذ ثلث الشقص بقيمة ثلثي الثوب. ولو أراد أخذ الصداق، أخذ ثلثي الشقص بثلثي مهر المثل.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، رَجَعَ عَلَيْهَا بنِصْفِ قِيمَةِ الشِّقْص)[1].

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا طلقها الزوج وقد أصدقها شقصاً من دار، لم يخل حال الطلاق من أن يكون قبل الدخول، أو بعده.

فإن كان بعد الدخول، فلا رجوع له بشيء منه. وإن كان قبل الدخول، فقد استحق الرجوع بنصف الصداق لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾[1]، ثم لا يخلو حال الشفيع من ثلاثة أحوال:

أولها: أن يكون قد أخذ الشقص من الزوجة بشفعته، فللزوج أن يرجع عليها بنصفه لبقائه في يدها، ولا شفعة على الزوج في النصف الذي ملكه بالطلاق، لأنه ملكه بغير بدل.

والحال الثانية: أن يكون الشفيع قد عفا عن شفعته فيه، فللزوج أن يرجع عليها بنصفه.

والحال الثالثة: أن يكون الشفيع على حقه لعذر استدام به لم يعف ولم يأخذ حتى طلق الزوج، فأيهما أحق بالشقص؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن الزوج أحق من الشفيع، لأنه حق ثابت بنص كتاب مقطوع به، وحق الشفيع ثبت استدلالاً بخبر الواحد. فعلى هذا، يرجع الزوج بنصف الشقص، ويكون الشفيع بعد ذلك مخيراً في أخذ النصف الباقي بنصف مهر المثل.

والوجه الثاني وهو أصح: أن الشفيع أحق به من الزوج لأمرين:

أحدهما: أن الزوج يرجع عن الشقص إلى بدل، والشفيع لا يرجع عنه إلى بدل.

والثاني: أن حق الزوج متأخر، وحق الشفيع أسبق.

فعلى هذا، يعرض على الشفيع، فإن أخذه رجع الزوج عليها بنصف قيمته، وإن تركه رجع الزوج بنصفه. وقد زعم بعض أصحابنا: أن تخريج هذين الوجهين من اختلافهم في نصف الصداق، هل يملكه الزوج بالطلاق أو بالتملك؟.

فإن قيل: بالطلاق، كان أحق من الشفيع. وإن قيل: بالتملك، كان الشفيع أحق.

فصل: ويتفرع على هذين الوجهين، أن يشتري رجل شقصاً من دار بألف، ثم يفلس المشتري قبل دفع الثمن، ويحضر البائع ليرجع بعين حال، والشفيع ليأخذه بشفعته:

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٧.

فأحد الوجهين: أن البائع أحق من الشفيع على الوجه الذي يجعل الزوج أحق من الشفيع. فعلى هذا، إذا رجع البائع بشقصه فلا شفعة عليه في تملكه، لأنه استحداث فسخ، وليس باستئناف عقد.

والوجه الثاني: أن الشفيع أحق من البائع لتقدم حقه على الوجه الذي يجعل الشفيع أحق من الزوج. فعلى هذا، إذا أخذه الشفيع بمثل ثمنه، فهل يقدم به البائع على جميع الغرماء أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يقدم به، لأنه بدل من عين ماله التي كان أحق بها.

والوجه الثاني: أنه وجميع الغرماء فيه سواء، لفوات العين التي هو أخص بها.

فصل: وإذا طلق الزوج زوجته ثم أمتعها شقصاً من دار بما وجب لها من متعة الطلاق، وجبت فيه الشفعة بمتعة المثل لا بمهر المثل، لأن الطلاق يوجب متعة، ولا يوجب مهراً.

فصل: وإذا استأجر داراً أو دابة بشقص من دار وجبت فيه الشفعة بأجرة المثل، لأن الشقص في مقابلة المنفعة، وقيمتها أجرة المثل.

ولو قال: من جاءني بعبدي الآبق فله هذا الشقص، فلا شفعة قبل المجيء بالعبد لأنه باق على ملكه، فإذا جيء بالعبد، ملك الشقص عليه، ووجبت الشفعة فيه بأجرة مثل المجيء بالعبد.

فصل: وإذا تبايع الرجلان شقصاً، فعفا الشفيع عن شفعته، فلا شفعة فيه بالإقالة لأنها رفع للعقد وليست باستئناف عقد. ولو لم يكن الشفيع قد عفا حتى تقابلا، كان للشفيع إبطال الإقالة لما فيها من إسقاط حقه من الشفعة، ثم يأخذ الشقص بشفعة البيع.

ولو كان مشتري الشقص قد وقفه قبل عفو الشفيع، فللشفيع إبطال الوقف، وأخذ الشقص بالشفعة. ولو كان المشتري قد رهنه، فللشفيع إبطال الرهن، وأخذ الشقص. ولو كان أجره، فله أخذه بالشفعة، ثم له الخيار في إمضاء الإجارة أو فسخها. ولا تبطل بأخذ الشفيع، بخلاف الرهن. فإذا أمضاها الشفيع، فالأجرة للمشتري دون الشفيع، لأنه عقدها في ملكه.

ولو كان المشتري قد باع الشقص على غيره، كان الشفيع مخيراً بين: إمضاء البيع وأخذه بالشفعة من المشتري الثاني، وبين فسخه وأخذه من المشتري الأول.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ اشْتَرَاهَا بِثَمَنٍ إِلَى أَجَلٍ، قِيلَ لِلشَّفِيعِ: إِنْ شِئْتَ فَعَجِّلِ الثَّمَنَ وَتَعَجَّلِ الشُّفْعَةَ، وَإِنْ شِئْتَ فَدَعْ حَتَّى يَحِلَّ الأَجَلُ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل اشترى شقصاً بثمن مؤجل، وحضر الشفيع مطالباً، ففيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم، وبه قال مالك: إن للشفيع أن يتعجل أخذها، ويكون الثمن في ذمته إن كان ثقة، وإن كان غير ثقة أقام ضميناً ثقة. قال الشافعي رضي الله عنه: وهذا أشبه بصلاح الناس.

ووجه هذا القول شيئان:

أحدهما: أن الشفيع يدخل مدخل المشتري في قدر الثمن وصفاته، والأجل وصفاته، فاقتضى أن يأخذ بمثل الثمن وأجله.

والثاني: أن تعجيل المؤجل زيادة في القدر بتفاضل الأثمان، وليس للمشتري أن يستزيد، وتأخير الشفيع دخل له عن حقه، وليس للمشتري دفع الشفيع.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد، وهو قول أبي حنيفة: إن الشفيع لا يتعجل الشقص بالثمن المؤجل، ويقال له: أنت مخير بين أن تعجل الثمن فتتعجل أخذ الشقص، وبين أن تصبر إلى حلول الأجل فتدفع الثمن وتأخذ الشقص.

ووجه هذا القول شيئان:

أحدهما: أن أخذ الشفعة باستحقاق الأجل يدخل في عقود المراضاة، ولا يدخل في الاستحقاق ما لم يكن مراضاة.

والثاني: أن رضا البائع بذمة المشتري لا يوجب على المشتري أن يرضى بذمة الشفيع، ولذلك حلَّ دين الميت، لأن رضا ربه بذمته لا يوجب عليه الرضا بذمة وارثه.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين، فللمشتري وللشفيع أربعة أحوال:

إحداها: إن تعجل الشفيع الثمن، فيجبر المشتري على تسليم الشقص على القولين معاً، لأنه قد تعجل مؤجلاً وأمن خطراً.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

والحال الثانية: أن يرضى المشتري بتسليم الشقص وتأجيل الثمن، فيلزم الشفيع أن يأخذ أو يعفو على القولين معاً، لأنه قد يتعجل منافع الشقص، ولا يستضر بتعجيل الثمن. فإن لم يفعل وانتظر بأخذه حلول الأجل، بطلت شفعته على قوله في القديم، وفي بطلانها على الجديد وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي الفياض: إنه على شفعته إلى حلول الأجل، ولأن تأجيل الثمن قد جعل حق الطلب مقدراً به.

والوجه الثاني: وهو الأصح، أن شفعته قد بطلت، لأن طلبه قدر بمدة الأجل رفقاً بالمشتري فصار من حقوقه، لا من حقوق الشفيع.

والحالة الثالثة: أن يدعو المشتري إلى تعجيل الثمن وتسليم الشقص، فلا يلزم الشفيع ذلك على القولين معاً، لأن تعجيل المؤجل استزادة في الثمن، والمشتري ممنوع من الاستزادة فيه. فلو قال المشتري: إن أحطه من الثمن بسبب التعجيل قدر ما بين الحال والمؤجل، لم يجز لأمرين:

أحدهما: أنه مفضٍ إلى الربا.

والثاني: أن ما استحق تأجيله، لم يلزمه تعجيله.

والحال الرابعة: أن يطالب الشفيع بالشقص مؤجلاً ويؤخر الثمن إلى حلول الأجل، فهي مسألة القولين:

فعلى قوله في القديم: يجاب إلى ذلك إن كان ثقة، أو يضمنه غير ثقة. فعلى هذا، لو مات المشتري حل ما عليه من الثمن، وإن لم يحل ما على الشفيع منه، وكان باقياً إلى أجله. ولو مات الشفيع حل ما عليه من الثمن، وللمشتري أن يتعجله، وما عليه باق إلى أجله. ولو كان المشتري قد دفع بالثمن رهناً، لم يلزم الشفيع أن يدفع به رهناً، لأن الرهن وثيقة في الثمن وليس من جملة الثمن.

وعلى قوله في الجديد: يمنع من الشقص إلى حلول الأجل، والمشتري يمكن من التصرف فيه بما شاء من سكنى واستغلال وإجارة وبيع، ما لم يستهلكه؛ لأن تعلق حق الشفيع به لا يزيل ملك المشتري عنه، ولا يمنع من التصرف في ملكه إلا بما يفضي إلى إبطال حق الشفيع من الاستهلاك والإتلاف، وليس البيع استهلاكاً، لأنه بعد البيع يقدر على أخذه بأي العقدين شاء.

فلو مات المشتري، حل ما عليه من الثمن، وكان للشفيع أن يصير إلى حلول الأجل.
ولو مات الشفيع، كان لورثته أن يصبروا إلى حلول الأجل، لأنه لم يتعلق بذمته ما يحل بموته، بخلاف القول الأول.

فصل: ولو كان الثمن منجماً، كان على القولين أيضاً:

أحدهما: الشفيع يأخذ الشقص بثمن منجم إلى آجاله.

والقول الثاني: ينتظر حلول النجوم، ثم يأخذه بثمنه.

فلو حل نجم فقال: أنا أدفع ما حل فيه وآخذ من الشخص بحصته، منع لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري، وقيل له: إما أن تعجل الكل، أو تنتظر حلول الأجل. ولا يبطل حقه من الشفعة بتأخير الأخذ إلى حلول النجوم كلها، لأنه لما منع من أخذ حصته بأجل، لم يلزمه دفع ما حل فصار معذوراً بالتأخير.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ وَرِثَهُ رَجُلَانِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا وَلَهُ ابْنَانِ، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، فَأَرَادَ أَخُوهُ الشُّفْعَةَ دُونَ عَمِّهِ، فَكِلَاهُمَا سَوَاءٌ لأَنَّهُمَا فِيهَا شَرِيكَانِ إلى آخر كلام المزني)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في دار بين رجلين، إما أخوين، أو أجنبيين، ملكاها بسبب واحد أو بسببين، مات أحدهما وترك ابنين، فصارت الدار بينهم على أربعة أسهم: للباقي من الأخوين المالكين سهمان: ولكل واحد من الميت سهم واحد. فباع أحد الإبنين حقه وهو سهم واحد على أجنبي، فالشفعة مستحقة فيه، وهل يختص بها أخوه أو تكون بينه وبين العم؟ فيه قولان:

أحدهما: وهو أحد قوليه في القديم: إن الأخ أحق بشفعة أخيه من العم لأمرين:

أحدهما: أنهما اشتركا في سبب ملكه، وتميز العم عنهما بسببه، فكان الأخ لمشاركته في السبب أحق بشفعة أخيه من العم المنفرد بسببه.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠ وتتمة المسألة: «(قال المزني) رحمه الله: هذا أصح من أحد قوليه: إن أخاه أحق بنصيبه (قال المزني): وفي تسويته بين الشفعتين على كثرة ما للعم على الأخ قضاء لأحد قوليه على الآخر في أخذ الشفعاء بقدر الأنصباء، ولم يختلف قوله في المعتقين نصيبين من عبدٍ، أحدهما أكثر من الآخر، في أن جعل عليهما قيمة الباقي منه بينهما، سواء إذا كانا موسرين قضى ذلك من قوله على ما وصفنا».

والثاني: أن ملك الأخوين كان مجتمعاً في حياة الأب، وقد يجري عليه حكم الاجتماع بعد موت الأب. ألا ترى لو ظهر على الأب دين، تعلق بالسهمين معاً ولم يتعلق بسهم العم؟.

والقول الثاني: قاله في الجديد، وبعض القديم: أن الشفعة مشتركة بين العم والأخ لأمرين:

أحدهما: لما تساويا في الاشتراك وجب أن يتساويا في الاستحقاق، كالمختلفي الأسباب.

والثاني: أن ما أخذ بالشفعة أخذت به الشفعة، وقد ثبت أن العم لو باع حصته تشاركا في شفعته، فاقتضى أن يشاركهما في شفعتهما.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين، فإن قيل: الأخ أحق بها، تفرد بأخذها دون العم، فإن عفا الأخ عنهما، احتمل استحقاق العم لها وجهان:

أحدهما: لا حق له فيها لخروجها عن استحقاقها.

والوجه الثاني: يستحقها لخلطته، وإنما قدم الأخ عليه لامتزاج سببه.

وإن قيل: إنها بينهما، فقد اختلف قول الشافعي رضي الله عنه في كيفية استحقاقهما لها على قولين:

أحدهما: قاله في القديم: إنها بينهما نصفان بالسوية، وبه قال أبو حنيفة لأمرين:

أحدهما: أنها تستحق بقليل الملك كما تستحق بكثيره حتى لو ملك أحد الشريكين سهماً من عشرة أسهم، أخذ به شفعة التسعة الباقية، ولو بيع السهم، أخذه صاحب التسعة الباقية، فاقتضى أن يتساوى الشريكان فيها. وإن تفاضلا في المال اعتباراً بأعداد الرؤوس لا بقدر الأملاك، كالعبد المشترك بين ثلاثة يملك أحدهم نصفه، والآخر ثلثه، والآخر سدسه، إذا أعتق صاحب النصف والسدس حقوقهما معاً، قوم الثلث عليهما نصفين، وعتق بينهما بالسوية، كذلك الشفعة.

والثاني: أن استحقاق الشفعة لدفع الضرر بها، وقد يستضر صاحب الأقل كاستضرار صاحب الأكثر، فوجب أن يساوي صاحب الأقل فيها صاحب الأكثر. فعلى هذا، تصير الدار بينهما على ثمانية أسهم: خمسة منها للعم: منها أربعة أسهم بقديم ملكه، وسهم لشفعته. وثلاثة أسهم للأخ منها: سهمان بقديم ملكه، وسهم لشفعته.

والقول الثاني: قاله في الجديد وهو الصحيح: إنها بينهما على قدر ماليهما، اعتباراً بالأملاك لا بالملاك، وبه قال مالك لأمرين:

أحدهما: أن منافع الملك تتوزع على قدره، تاالأرباح في التجارة والنتاج في الحيوان.

والثاني: أن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر بها عن الملك الداخل عليه بحق لا بظلم، مثل مؤونة المقاسمة، والمهايأة، ونقصان القيمة بعد القسمة. وهذا يقل ويكثر بقلة الملك وكثرته، فوجب أن تتقسط على الأملاك دون الملاك.

وأما سوء المشاركة فظلم يمكن دفعه بالسلطان، وفي هذا انفصال. فعلى هذا، تكون الشفعة بينهما على ثلاثة أسهم: لصاحب النصف سهمان، ولصاحب الربع سهم واحد، وتصير جميع الدار بينهما أثلاثاً.

فصل: فأما المزني فإنه اختار من القولين الأولين: أن تكون الشفعة بينهما، وهوأصح القولين. ثم اختار من القولين الآخرين: أن تكون بينهما نصفين، استدلالاً بما ذكرنا من العتق، وقد تنفصل عنه بأن العتق استهلاك. ألا ترى أن صاحب الحصة المقومة من العبد لو رضي باسترقاق حصته، ورضي العبد بها، لم يجز وأعتقت على الشريك، ولو رضي الشريك بترك شفعته جاز، فافترقا. والله أعلم.

مسألة: قال المزنيُّ: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلِوَرَثَةِ الشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذُوا مَا كَانَ يَأْخُذُهُ أَبُوهُمْ بَيْنَهُمْ عَلَى الْعَدَدِ، امْرَأَتُهُ وَابْنُهُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ (قال المزني): وَهَذَا يُؤَكِّدُ مَا قُلْتُ أَيْضاً)**[١].

قال الماوردي: أما الشفعة فموروثة، تنتقل بموت الشفيع قبل عفوه إلى ورثته.

وقال أبو حنيفة: الشفعة غير موروثة، وقد بطلت بموت الشفيع. استدلالاً بأنه خيار موضوع لاستخلاف مال، فوجب أن يبطل بالموت قياساً على خيار البدل والقبول. ولأن الشفيع يستحق بشفعته دفع الضرر عن ماله، كالزوج الذي يستحق باللعان دفع الضرر الداخل عليه في نسبه. ثم ثبت أن اللعان يبطل بالموت ولا يصير موروثاً، فوجب أن تبطل الشفعة بالموت ولاتصير موروثة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

وتحريره قياسا: أن ما وضع لدفع الضرر من الخيار إذا لم ينتقل إلى مال بطل بالموت كاللعان.

قال: ولأن ملك الورثة مستحدث بعد وجوب الشفعة، وحدوث الملك بعدها يمنع من إيجابها، كمن استوهب ملكاً بعد وجوب الشفعة لم يستحق به شفعة.

قال: ولأن الحقوق الموروثة إذا عفا عنها المريض كان عفوه مردوداً كالديون، فلما كان عفو المريض عن الشفعة صحيحاً وليس للورثة فيه إعراض، دل على أنه غير موروث.

قال: ولأن ما ورث بالأسباب والأنساب انتقل إرثه عند عدمهم إلى بيت المال، فلما لم يجز للإمام أن يأخذ بالشفعة لبيت المال، دل على أن الشفعة غير موروثة ميراث الأموال.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾[1] فكان على عمومه. ولأنه حق يلزم في البيع، فوجب أن يكون موروثاً كالرد بالعيب. ولأن الشفعة من حقوق الملك، فوجب أن تكون موروثة مع الملك، كطرق الأملاك ومرافقها، والرهن في الديون، وضمانها. ولأن الموت يسقط التكليف، وما سقط به التكليف لم تبطل به الشفعة كالجنون، ولأنه قبض استحق في عقد بيع، فوجب أن يكون كالقبض في البيع.

فأما الجواب عن قياسهم على خيار البدل والقبول، فهو: أنه منتقض بخيار الرد بالعيب، ثم خيار البدل والقبول يجوز أن يورث لولا أنه مستحق على الفور، فكان بطلان ميراثه لتراخي زمانه لاستحالة إرثه. ثم المعنى في خيار القبول: أنه لما لم يجز أن يستنيب المبدول له من يقبل عنه، لم ينتقل إلى وارثه. ولما جاز أن يستنيب الشفيع من يطالب عنه، انتقل إلى وارثه.

وأما الجواب عن قياسهم على اللعان، فهو ما ذكرنا: أن النيابة في اللعان لا تصح، وليس المنع من أخذ العوض عن الشفعة بمانع من أن يورث، كالرد بالعيب لا يجوز أخذ العوض عنه، ويجوز أن يورث.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن ملك الورثة طارىء، فهو: أنهم ليس يملكونها لأنفسهم بالطارىء من ملكهم، وإنما ينتقل إليهم ميراثاً عن ميتهم، فقاموا فيه مقامه. كمن

(١) سورة النساء، الآية: ١١.

وصى له بابنه المملوك فمات قبل قبوله و ترك ابناً آخر، فقبل بعد موت أبيه الوصية بأخيه، عتق عليه. وإن كان الأخ لا يعتق أخاه، لأنه قبله نيابة عن أبيه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الحقوق الموروثة ترد عفو الموصى عنها كالديون، فهو: أن أصحابنا قد اختلفوا في ذلك:

فكان بعضهم يجعل للوارث إبطال عفوه، فعلى هذا سقط السؤال:

وقال الأكثرون منهم وهو الصحيح: إن عفوه ماض ولا اعتراض عليه للوارث، لأنهم إنما يعترضون عليه فيما استقر عليه ملكه من الأملاك، ولم يستقر له ها هنا ملك؛ وإنما هو سبب يفضي إلى الملك، فصار كقبض الهبة الذي يملك به الهبة. ولو رده المريض، لم يعترض الورثة عليه، وإن جاز أن يقوموا في القبض مقامه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن ما كان موروثاً صار لبيت المال عند عدم الورثة، فهو: أن لأصحابنا فيه وجهان:

أحدهما: أنه موروث لبيت المال، ويستحق الإمام أخذه بالشفعة لكافة المسلمين إذا رأى ذلك صلاحاً.

والوجه الثاني: لا شفعة فيه وقد بطلت، لأن الشفعة تجب لدفع الضرر بها فبطلت الشفعة، وليس كذلك الوارث لأنه يختص بالتصرف، فلحقه الضرر، فاستحق الشفعة. والله أعلم بالصواب.

فصل: فإذا استحق ميراث الشفعة على ما ذكرنا، لم يخل أن يكون موت الشفيع قبل البيع أو بعده:

فإن كان موته قبل البيع، فالشفعة إنما حدثت على ملك الورثة، ولم يكن للموروث فيها حق لتقدم موته على البيع، ثم تكون بين جميع من ملك ميراث الحصة. وفيها قولان:

أحدهما: أنها بينهم على عدد رؤوسهم، الزوجة والابن فيها سواء، على ما حكاه المزني عن الشافعي رضي الله عنه.

والقول الثاني: أنها مقطسة بينهم على قدر موارثيهم، للزوجة ثمنها، وللابن الباقي. وعلى هذا، لو عفا أحد الورثة لم يسقط حق من لم يعف، وكان لمن بقي من الورثة ولو كان واحداً، يأخذ جميع الشفعة كالشركاء إذاعفا بعضهم عاد حقه إلى من بقي.

وإن مات الشفيع بعد البيع، فقد ملك الشفعة بالبيع، وانتقلت عنه بالموت إلى ورثته، ويستوي فيها الوارث بنسب وسبب، وهي بينهم على قدر موارثيهم: للزوجة الثمن والباقي للابن قولاً واحداً. لأنهم ليس يأخذونها بأنفسهم، وإنما يرثونها عن ميتهم، فكانت بينهم على قدر موارثيهم. ويكون تأويل ما نقله المزني عن الشافعي رضي الله عنه: أن امرأته وابنه في ذلك سواء، يعني: في استحقاقها لجميع الورثة، لا يختص بها بعضهم دون بعض.

وكان بعض أصحابنا يغلط فيخرج ذلك على قولين، ويجعل ما نقله المزني أحد القولين. فعلى هذا، لو أن بعض الورثة عفا عن حقه من الشفعة، فهل يرجع ذلك على باقي الورثة؟ على قولين حكاهما المروزي:

أحدهما: يرجع على من بقي، كالشركاء إذا عفا أحدهم. فعلى هذا، لو أن أحد الورثة حضر مطالباً، قضى له بجميع الشفعة.

والقول الثاني: وهو الأصح: أنه لا يرجع على من بقي، لأن جميعهم شفيع واحد، وليس كالشركاء الذي كل واحد منهم شفيع كامل.

فعلى هذا لو حضر أحد الورثة مطالباً، لم يقض له بشيء حتى يجتمعوا. فإن عفا أحدهم عن حقه، فهل تبطل بعفوه شفعة من بقي؟ على الوجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنها قد بطلت وسقط حق من لم يعف، لأنها شفعة واحدة عفي عن بعضها، فصار كالشفيع إذا عفا عن بعض شفعته، سقط جميعها.

والوجه الثاني: وبه قال أبو حامد الإسفراييني: إن من لم يعف عن شفعته يأخذ منها بقدر ميراثه، ولا يكون عفو غيره مبطلاً لحقه. بخلاف الواحد إذا عفا عن بعض شفعته، لأن الواحد كان له أخذ جميعها، فجاز أن يسقط بعفوه عن البعض جميعها. وليس كذلك أحد الورثة، لأنه لا يملك منها إلا قدر حقه، فلم يبطل بالعفو عن غيره حقه. ولأن العافي عن البعض مختار للعفو، فجاز أن يسري عفوه في جميع حقه، وليس الباقي من الورثة مختاراً للعفو، فلم يسر عفو غيره في حقه.

فصل: وإذا ابتاع رجل شقصاً من دار فيها شفعة، ثم مات وعليه دين يحيط بالتركة، ثم بيع من الدار شقص فيه الشفعة، فعليهم الشفعة فيما ابتاعه ميتهم، ولهم الشفعة فيما بيع في

خلطتهم، ولا يكون إفلاس ميتهم مانعاً من استحقاقها، لأن لهم قضاء الديون واستيفاء الشقص.

فإن تعجل شفعتهم فأخذ حصتهم بالشفعة قبل أن يأخذوا ما استحقوه، بطلت الشفعة فيه لزوال ملكهم الذي استحقوا الشفعة به، وكان لشفيعهم أن يأخذه بشفعته أيضاً. وإن تعجلوا أخذ ما بيع في خلطهم وقبل أن تؤخذ حصتهم بالشفعة، جاز ولا يمنع منها ما وجب من الشفعة في حصتهم، ثم لشفيعهم أن يأخذ حصتهم بشفعته. فإن أخذها بالشفعة، كان له أن يأخذ منهم ما أخذوا بالشفعة، وإن عفا عن الشفعة في حصتهم كان له أن يشاركهم فيما أخذه بالشفعة لاشتراكهم في الملك.

فصل: ولو مات رجل وترك داراً وعليه دين يحيط ببعضها فبيع منها بقدر دينه، لم يكن لورثته أن يأخذوا المبيع منها بالشفعة لأمرين:

أحدهما: أنهم لم يكونوا شركاء لميتهم.

والثاني: أنهم كانوا قادرين على استيفاء ملكه بقضاء الدين من أموالهم.

ولو كان ميتهم وصى ببيع بعضها في وصيته، لم يكن لهم فيه شفعة لما ذكرنا من التعليل الأول، أنهم لم يكونوا شركاء لميتهم. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ حَضَرَ أَحَدُ الشُّفَعَاءِ أَخَذَ الكُلَّ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، فَإِنْ حَضَرَ ثَانٍ أَخَذَ مِنْهُ النِّصْفَ بِنِصْفِ الثَّمَنِ، فَإِنْ حَضَرَ ثَالِثٌ أَخَذَ مِنْهُمَا الثُّلُثَ بِثُلُثِ الثَّمَنِ، حَتَّى يَكُونُوا سَوَاءً)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في دار بين أربعة شركاء، باع أحدهم حقه على غير شركائه، فالشفعة فيها واجبة لشركائه الثلاثة، فلهم ثلاثة أحوال:

حال: يكونون حاضرين. **وحال:** يكونون غائبين، **وحال:** يحضر بعضهم، ويغيب بعضهم.

أما الحال الأولى: وهو أن يكونوا جميعاً حاضرين، فلا يخلو حالهم من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يطالبوا جميعاً بالشفعة، فيكون الشقص المبيع بينهم أثلاثاً بالسوية.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

والقسم الثاني: أن يعفوا جميعاً عن الشفعة، فتبطل شفعتهم، ويبقى الشقص على المشتري.

والقسم الثالث: أن يعفوا بعضهم ويطالب بعضهم، فيسقط حق العافي، وللمطالب أن يأخذ جميع الشقص بشفعته. فلو عفا اثنان من الثلاثة، كان للثالث أن يأخذ جميع الشقص بشفعته، وليس له أن يأخذ بعضها، فيأخذ منه قدر حصته لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري.

فلو قال أحد الثلاثة: قد عفوت عن جميع حقي، وقال آخر: قد عفوت عن نصف حقي، كان عفواً عن جميعه ولم يتبعض العفو، وكان للثالث أن يأخذ الشقص كله لعفو شريكيه.

ولو قال أحد الثلاثة: قد سلمت حقي لأحدكما دون الآخر، كان تسليماً لهما معاً لأنه عفو لا هبة. ولو كان الشقص قد أخذه اثنان من الثلاثة لغيبة الثالث عنهما، ثم قدم الثالث فعفا عن أحدهما وأخذ حقه من الآخر، كان له ذلك.

والفرق بينهما: أن يكون ها هنا عافياً وهناك واهباً، والعفو عن الشفعة يصح، وهبتها لا تصح.

فصل: وأما الحال الثانية: وهو أن يكونوا جميعاً غائبين، فهم على حقوقهم من الشفعة حتى يقدموا ما لم يكن منهم عفو. فإن ادعى المشتري على أحدهم العفو عن شفعته، لم تسمع دعواه لأن للآخرين أن يأخذوا الجميع، فلم يكن لدعواه معنى.

ولكن ولو ادعى شريكان على الثالث منهما العفو، سمعت دعواهما عليه لما فيه من توفر حقه عليهما، وحلف لهما، ولم تسمع شهادة المشتري عليه بالعفو لما فيها من منعه عن مطالبته. ولو ادعى المشتري العفو على الثلاثة كلهم، كان له إحلافهم لأنهم لو نكلوا ردت اليمين عليه، وسقط حقهم من الشفعة. فإن حلف أحد الثلاثة ونكل اثنان منهم، لم ترد أيمانهما على المشتري، ويأخذه من لم يعف، ثم لا يقضي للحالف بالشفعة في الكل إلا أن يحلف أن شريكيه قد عفوا؛ فإذا حلف أخذ كل الشقص، وإن نكل أخذ منه قدر حصته، وأخذ الناكلان منه قدر حصصهما.

فصل: وأما الحال الثالثة وهو أن يحضر بعضهم، ويغيب بعضهم، فهي مسألة الكتاب وصورتها: أن يكون أحد الثلاثة حاضراً، وقد غاب الآخران. فللحاضر أن يأخذ جميع

الشقص بالشفعة، وليس له أن يقتصر منه على قدر حصته، لأنه ممنوع في حق المشتري من تفريق صفقته. فإن امتنع الحاضر من أخذ الكل، وانتظر بالشفعة قدوم شريكيه ليأخذوها بينهم بالحصص، ففي بطلان شفعته بذلك وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: أن شفعته لا تبطل بذلك ليكفي غرم الثمن فيما ينتزع من يده. فعلى هذا، إن قدم شريكاه فطلبا الشفعة، كانت بينهم أثلاثاً.

وإن عفوا قيل للأول الحاضر: ليس لك تفريق الصفقة على المشتري، وأنت بالخيار بين أخذ الكل أو تركه.

والوجه الثاني: وهو الأظهر، أن شفعته قد بطلت لأنه كان قادراً على الأخذ بها، فكفَّ. فعلى هذا، إن قدم الغائبان اشتركا في الشفعة بينهما، وإن عفوا سقطت الشفعة عن المشتري ولا حق فيها للأول لبطلان شفعته.

فإذا وضح ما ذكرناه، وأخذ الأول الحاضر كل الشقص بالشفعة، ثم قدم ثان كان له أن يرجع على الأول بنصف ما بيده من الشقص بنصف الثمن ليكونا في الشقص سواء. فإن رضي الثاني أن يقتصر من الأول على ثلث ما بيده من الشقص وهو قدر حصته عند اشتراكهم، وامتنع الأول إلا أن يساويه بالنصف أو يعفو، ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول الأول، ويمنع الثاني مما سأل ويقال له: إما أن تأخذ النصف، أو تعفو. كما يمنع الأول مع المشتري من ذلك.

والوجه الثاني: أن القول قول الثاني، وله أن يقتصر على الثلث ويجبر الأول عليه، بخلاف الأول مع المشتري. ولأن للمشتري صفقة يمنع من تفريقها عليه، وليس للأول صفقة تفرق عليه، وإنما هو عفو عن بعض ما استحق له.

فإذا وضح ما ذكرنا وأخذ الثاني من الأول نصف الشقص بنصف الثمن، ثم قدم الثالث كان له أن يأخذ من كل واحد من الأول والثاني ثلث ما بيده بثلث الثمن وهو سدس الكل، فيصير الشقص حينئذ بينهم أثلاثاً، وعهدة جميعهم على المشتري. لأن الشفعة مستحقة لجميعهم، وليس أخذ بعضهم من بعض ما يدل على استحقاق الشفعة على المأخوذ منه.

فعلى هذا، لو أن الثالث عفا عن شفعته، استقرت للأول والثاني نصفين، ولو عفا الثاني وطالب الثالث جعلت بينهما نصفين.

فصل: وإذا أخذ الشقص أحد الشفعاء الثلاثة عند غيبة الآخرين، ثم قدم أحد الغائبين فصالح الحاضر على ثلث الشقص وسلم له بالثلثين، فذلك جائز. فإذا قدم الغائب الآخر، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يرجع على الأول الذي بيده الثلثان، فيأخذ نصف ما بيده وهو الثلث، فيصير الشقص بينهم أثلاثاً ليكونوا في الشفعة سواء، ولا يكون لعفو الأول من القادمين أثر غير تأخير حق الثاني على الحاضر.

والوجه الثاني: وهو قول ابن سريج ومحمد بن الحسن: إن الشقص يكون بينهم على ثمانية عشر سهماً: أربعة منها للعافي، وسبعة لكل واحد من الآخرين. ووجه ذلك: أن العافي لما صالح على الثلث صار تاركاً لثلث حقه، لأنه كان مستحقاً للنصف فاقتصر على الثلث، فصار الشقص بينهم ثلاثة أسهم: سهم للعافي، وسهمان للحاضر الأول. فلما قدم الثالث استحق ثلث ما بيد العافي وهو ثلث السهم، ضم إلى السهمين اللذين مع الأول تصير سهمين وثلثاً، فيكون بينهما. فيصير لكل واحد منهم سهم وسدس، فتضرب في مخرج السدس وهو ستة لتصح السهام، فيكون ثمانية عشر سهماً، كان للعافي ثلاثة أسهم من ثلاثة تضرب له في ستة فيكون له أربعة أسهم من ثمانية عشر سهماً، وكان لكل واحد من الآخرين سهم وسدس من ثلاثة تضرب له في ستة فيكون له سبعة أسهم وللآخر مثلها.

وكلا الوجهين عندي مدخول، والصحيح: أن يكون الشقص بينهم على تسعة أسهم: سهمان للعافي، وثلاثة أسهم للآخر، وأربعة أسهم للمعفو عنه. ووجه ذلك: أن العافي لما صالحه على الثلث صار الشقص بينهما على ثلاثة أسهم: سهم للعافي، وسهمان للمعفو عنه. فإذا قدم الغائب الآخر، فله أن يرجع على العافي بثلث ما بيده، لأن له ثلث الشفعة، فيكون له ثلث سهم ويرجع على المعفو عنه بثلث ما بيده من السهمين فيكون ثلثي سهم، فيصير جميع ما أخذه منهما سهماً واحداً. ويبقى على العافي ثلاثة أسهم، وعلى المعفو عنه سهم وثلث، فاضرب ذلك في مخرج الثلث وهو ثلاثة فيكون تسعة أسهم: للعافي سهمان لأنه له ثلثي سهم في ثلاثة، وللآخر منها ثلاثة أسهم لأنه له سهماً في ثلاثة، وللمعفو عنه أربعة أسهم لأن له سهماً وثلثاً في ثلاثة، ولم يجز أن يكون الأخير مساوياً للمعفو عنه لأنه غير المقصود بالمحاباة والعفو. والله تعالى أعلم.

مسالة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ كَانَ الاثْنَانِ اقْتَسَمَا، كَانَ لِلثَّالِثِ نَقْضُ قِسْمَتِهِمَا)(١).

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان للشقص المبيع ثلاثة شفعاء، فحضر اثنان فأخذا الشقص بينهما لغيبة الثالث، منعا من قسمته، لأن في الشقص حقاً لشريكهما الغائب مع السهم الذي له بقديم ملكه. فإن اقتسماه، كانت القسمة باطلة لما ذكرنا. فلو حضر الغائب فعفا عن الشفعة، لم تصح القسمة المتقدمة، لفسادها.

ولو أراد الشفيعان الحاضران أن يبيعا ما كان لهما بقديم الملك وما أخذاه بحادث الشفعة، لم يمنعا من ذلك لحق الغائب.

وهكذا لو أرادا أن يبيعا ما أخذاه بالشفعة دون ما كان لهما بقديم الملك، لم يمنعا، وإنما كان كذلك لأن الغائب قادر على أخذه بأي العقدين شاء. فإذا قدم الغائب وقد باع الحاضران ما أخذاه بالشفعة، فهو بالخيار بين: أن يأخذ بالشفعتين، وبين أن يأخذه بالأولى ويعفو عن الثانية، وبين أن يأخذ بالثانية. ويعفو عن الأولى.

فإن أراد أن يأخذ بالشفعتين أخذ بالأولى ثلث الشقص وبطل البيع، فإن أحب أن يأخذ بشفعته الثانية صح، وأخذ بالثانية نصف الباقي وهو ثلث الشقص؛ لأنه أخذ شفعتين، فيحصل له ثلثا الشقص بالشفعتين.

وإن أراد أن يأخذ بالشفعة الثانية ويعفو عن الأولى، صح البيع في الجميع، وأخذ نصف الشقص كله؛ لأنه أخذ شفعتين. وإن أراد أن يأخذ بالشفعة الأولى ويعفو عن الثانية، أخذ ثلث الشقص لأنه أحد ثلث الشفعة. فإن أحب أن يأخذه بشفعته الثانية صح البيع في الكل، وكان له أخذ الجميع بها لأنه شفيع واحد. وإن أراد أن يأخذه بالشفعتين، أخذ ثلث الشقص بشفعته الأولى وبطل فيه البيع، وصح في ثلثيه فيما كان لهما بقديم الملك. فإن أحب أن يأخذه بشفعته الثانية، صح.

مسالة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ سَلَّمَ بَعْضُهُمْ لَمْ يَكُنْ لِبَعْضٍ إِلاَّ أَخْذُ الْكُلِّ أَوْ التَّرْكُ)(٢).

قال الماوردي: وهذا كما قال. لا يجوز للشفعاء أن يفرقوا صفقة المشتري عليه،

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢٠.

لأنه لا يجوز أن يدفعوا عن أنفسهم ضرراً بإدخال مثله من الضرر، فإذا عفا أحد الشفعاء الثلاثة كان للآخرين أن يأخذا جميع الشقص، أو يعفوا عنه.

ولو عفا اثنان، فكان للآخر أن يأخذ جميعه، أو يعفو عنه. فلو أخذها الحاضر من الثلاثة ثم ردها بعيب، كان لمن قدم من الغائبين أن يأخذ الكل أو يذر، لأن رد الحاضر بالعيب كالعفو عن الشفعة. فلو كان الشفيع واحداً أخذ جميع الشقص، أو يعفو عنه، وقد ذكرنا ما يكون عفوا.

فأما إن ضمن الشفيع عن المشتري ثمن الشقص للبائع بأمر المشتري، صح الشراء، ولزم الضمان، وكان الشفيع عن شفعته، ولا يكون ضمانه للثمن تسليماً للشفعة. وهكذا لو ضمن الشفيع عن البائع درك المبيع للمشتري بأمر البائع، أو بغير أمره، صح الشراء ولزم الضمان، وكان الشفيع على شفعته، ولا يكون ذلك تسليماً للشفعة.

وهكذا لو شرط البائع خيار الشفيع، فاختار الشفيع إمضاء البيع، كان له الشفعة.

وقال أبو حنيفة: لا شفعة للشفيع في هذه المواضع الثلاثة، ويكون ذلك تسليماً منه لها، لأن البيع به قد تم فكان هو البائع.

وهذا خطأ، لأن شفعة الشفيع مستحقة بتمام البيع، فإن فعل ما يتم به البيع كان أولى أن تجب له الشفعة. فعلى هذا، لو ضمن الثمن فطالبه البائع به، فغرمه له، ثم أخذ الشقص بالشفعة نظر: فإن كان ضمانه للثمن بأمر المشتري، فقد برىء الشفيع مما استحقه المشتري عليه بالثمن، لأنه قدم تعجيله عنه إلى البائع. وإن كان ضمانه للثمن بغير أمر المشتري، لم يبرأ بما استحقه المشتري عليه من الثمن؛ لأنه تطوع بغرمه للبائع، ويحكم بدفعه ثانية إلى المشتري. وإن كان الشفيع ضمن للمشتري درك المبيع، ثم أخذ منه الشقص بشفعته، ثم استحق من يده، لم يرجع على المشتري بعهدته، لأن للمشتري إذا استحق من يده أن يرجع على الشفيع بعهدته.

فصل: فإذا وكل الشفيع في الشراء فاشترى لموكله، وجبت له الشفعة فيما اشتراه، وبه قال أبو حنيفة. ولو وكل في البيع فباع لموكله، وجبت له الشفعة فيما باعه.

وقال أبو حنيفة: لا شفعة له، فأوجبها فيما اشتراه ولم يوجبها فيما باعه. و هذا خطأ لثلاثة أمور:

أحدها: أن البيع يتم ببائع ومشترٍ، ثم لم يمنع كونه مشترياً لغيره من ثبوت شفعته، ويجب أن لا يمنع كونه بائعاً لغيره من ثبوت شفعته.

والثاني: أن وجوب الشفعة بعد إبرام البيع، فلم يعتبر ما تقدم، كالعفو.

والثالث: أن بيعه حرص منه على ثبوت شفعته، فإذا ثبت هذا وكانت دار بين شريكين فوكل أحدهما شريكه ليبيع نصف حصته مع نصف حصة نفسه، فباع الوكيل نصف الدار صفقة ربعها لنفسها وربعها لموكله، فللوكيل أن يأخذ لنفسه بالشفعة ما باعه لموكله وهو الربع، وللموكل أن يأخذ لنفسه بالشفعة ما باعه وكيله، وليس لشريك ثالث إن كان أن يفرق الصفقة بشفعته فيأخذ إحدى الحصتين دون الأخرى، لأن البائع واحد، وقيل: إما أن تأخذ الكل بشفعتك، أو تذر.

فصل: وأما ولي اليتيم ووصي الميت إذا باعا الولاية، ما هما شفيعان فيه، ففي شفعتهما وجهان:

أحدهما: أن الشفعة لهما فيه كالوكيل.

والوجه الثاني: أن لا شفعة لهما بخلاف الوكيل.

والفرق بينهما وبين الوكيل: أن الوكيل ينوب عن حي جائز التصرف يقدر على استدراك ظلامته.

فصل: فإذا اشترى العامل في القراض شقصاً من دار للعامل فيه حصة بقديم ملك، ولرب المال فيها حصة بقديم ملك، فللعامل ولرب المال أن يأخذا الحصة المشتراة في القراض بشفعتهما، لأن مال القراض يتميز عن أموالهما. فإن عفوا عنها، ثم اشترى العامل من الدار حصة ثانية فشفعته الثانية أثلاثاً: ثلثها لرب المال، وثلثها للعامل، وثلثها في القراض.

فلو كان في الدار حصة رابعة لأجنبي، كان له ثلث الشفعة. ولأنهم ثلاثة، ثم يكون الثلثان الباقيان على ثلاثة أضرب: ثلث لرب المال، وثلث للعامل، وثلث في القراض. فتتميز شفعة الحصة على تسعة أسهم: ثلاثة منها وهي الثلث للأجنبي، والستة الباقية أثلاثاً كل ثلث منها سهمان لما ذكرنا.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكَذَلِكَ لَوْ أَصَابَهَا هَدْمٌ مِنَ السَّمَاءِ، إِمَّا أَخَذَ الْكُلَّ بالثَّمَنِ وَإِمَّا تَرَكَ)[١].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل اشترى شقصاً من دار فانهدمت بجائحة أو جناية، أو شقصاً من أرض فأخذ السيل بعضها، فالذي نقله المزني ها هنا وقاله في القديم وفي كتاب التفليس من كتبه الجديدة: إن الشفيع مخير بين أن يأخذ الباقي بجميع الثمن أو يدع.

وقال الشافعي رضي الله عنه في القديم: إن الشفيع يأخذ الباقي بحصته من الثمن. واختلف أصحابنا في اختلاف هذين النقلين على خمسة مذاهب:

أحدها: وهو قول أبي الطيب بن أبي سلمة، وأبي حفص بن الوكيل: إن المسألة لاختلاف النقلين على قولين:

أحدهما: أن يأخذ الباقي بجميع الثمن كالعبد المبيع إذا ذهبت عينه في يد البائع بجائحة أو جناية، كان للمشتري إذا اختار الإمضاء أن يأخذه بجميع الثمن، كذلك حال الشفعة.

والقول الثاني: أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن، لأن ما تناولته الصفقة بالثمن مقسط على أجزائه، كما لو اشترى مع الشقص سيفاً أخذ بحصته من الثمن.

والمذهب الثاني: وهو مذهب أبي العباس بن سريج، وأبي إسحاق المروزي: انه يأخذ الباقي بحصته من الثمن قولاً واحداً، ونسبا إلى المزني الغلط فيما نقله في هذا الموضع، لأنه لا يعرف للشافعي في شيء من منصوصاته. وإنما رد على أهل العراق قولهم: إن ما انهدم بغير فعله أخذ بجميع الثمن، وما انهدم بفعله، أو فعل غيره أخذ بحصته من الثمن، فغلط المزني في قول الشافعي إلى قول أهل العراق. كما غلط من قول الشافعي إلى قول مالك فيما حكاه في كتاب الأيمان والنذور: إذا حلف على غريمه أن لا يفارقه حتى يستوفي حقه منه، فأخذه منه بحقه عوضاً، إن كان بقيمة الحق أو أكثر لم يحنث، وإن كان أقل حنث، فغلط. وإنما ذلك قول مالك، كذلك ها هنا، وفرق بين الشفعة والفلس بفرض مضى في كتاب الفلس.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

والمذهب الثالث: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: بأنه محمول على اختلاف حالين، فالموضع الذي يأخذه بكل الثمن إذا ذهبت الآثار وكانت أعيان الآلة والبناء باقياً، والموضع الذي يأخذه بحصته من الثمن إذا كانت أعيان الآلة والبناء تالفة.

والوجه الرابع: أنه محمول على اختلاف حالين من غير هذا الوجه. فالموضع الذي يأخذه بكل الثمن إذا هدمه بفعل آدمي، والموضع الذي يأخذه بحصته من الثمن إذا كان هدمه بجائحة سماوية، لأنه في هدم الآدمي قد يرجع عليه بأرش النقص، فكذلك أخذها بجميع الثمن. وفي جائحة السماء ليس يرجع بأرش النقص، فلذلك أخذها بحصته من الثمن، وهذا المذهب ضد ما عليه أهل العراق.

والمذهب الخامس: أنه على اختلاف حالين من غير هذا الوجه، فالموضع الذي يأخذه بكل الثمن إذا كانت الفرصة باقية وإن تلفت الآلة. والموضع الذي يأخذه بحصته من الثمن، إذا ذهب بعض الفرصة بسيل أو غرق، لأن العرصة مقصورة والآلة تتبع.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَاسَمَ وَبَنَى قِيلَ لِلشَّفِيعِ: إِنْ شِئْتَ فَخُذْ بِالثَّمَنِ وَقِيمَةِ الْبِنَاءِ الْيَوْمَ أَوْ دَعْ، لأَنَّهُ بَنَى غَيْرَ مُتَعَدٍّ، فَلاَ يُهْدَمُ مَا بَنَى. إِلَى آخر قول المزني)[1].

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة في رجل اشترى شقصاً من دار وقاسم عليه، وبنى في حصته، وحضر الشفيع مطالباً بشفعته، قال الشافعي رضي الله عنه: قيل للشفيع: إن شئت فخذ الشقص بثمنه وبقيمة البناء قائماً ولا يجبر المشتري على قلعه لأنه بناء غير متعد. وهكذا عمارة الأرض للزرع، وإن كانت آثاراً.

قال المزني: هذا غلط من الشافعي رضي الله عنه، لأن القسمة إن وقفت مع الشفيع فقد بطلت شفعته وصحت القسمة، وإن لم يقاسمه الشفيع فالقسمة باطلة والشفعة واجبة، فلم يجتمع صحة القسمة مع بقاء الشفعة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠. «(قال المزني) رحمه الله: هذا عندي غلط، وكيف لا يكون متعدياً وقد بنى فيما للشفيع فيه شرك مشاع، ولولا أن للشفيع فيه شركاً ما كان شفيعاً، إذ كان الشريك إنما يستحق الشفعة لأنه شريكٌ في الدار والعرصة بحق مشاع، فكيف يقسم وصاحب النصيب وهو الشفيع غائب، والقسم في ذلك فاسدٌ، وبنى فيما ليس له، فكيف يبني غير متعد والمخطئُ في المال والعامد سواء عند الشافعي؟ ألا ترى لو أن رجلاً اشترى عرصة بأمر القاضي فبناها، فاستحقها رجل، أنه يأخذ عرصته ويهدم الباني بناءه ويقلعه في قول الشافعي رحمه الله، فالعامد والمخطيء في بناء ما لا يملك سواء».

وهذا الذي اعترض به المزني على الشافعي رضي الله عنه من تنافي بقاء الشفعة وصحة القسمة غلط، لأنه قد تصح القسمة مع بقاء الشفعة من خمسة أوجه:

أحدها: أن يكون الشفيع غائباً وقد وكل في مقاسمة شركائه وكيلاً، فيطالب المشتري الوكيل بمقاسمته على ما اشترى، فيجوز للوكيل أن يقاسمه لتوكيله في المقاسمة، ولا يجوز أن يطالبه بالشفعة لأنه غير موكل في طلب الشفعة، ويكون الشفيع على شفعته بعد القسمة، ويكون المشتري غير متعد في البناء.

والوجه الثاني: أن لا يكون للشفيع الغائب وكيل في القسمة، فيأتي المشتري الحاكم فيسأله أن يقاسمه عن الغائب، فيجوز للحاكم مقاسمة المشتري إذا كان الشريك بعيداً لغيبة، وليس له أن يأخذ للغائب بالشفعة، لأن الحاكم لا يأخذ بالشفعة، إلا لمولى عليه، ولا تبطل شفعة الغائب بمقاسمته الحاكم عنه، والمشتري غير متعد ببنائه.

والوجه الثالث: أن يذكر المشتري للشفيع ثمناً موفوراً، فيعفو عن الشفعة لوفور الثمن، ويقاسم المشتري غير متعد ببنائه، لأنه بالكذب متعد في قوله لا في قسمته وبنائه. فصار كرجل ابتاع داراً بعبد قد دلسه بعيب ثم بنى، ووجد البائع بالعبد عيباً، فعليه إذا رد العبد واسترجع الدار: أن يدفع إلى المشتري قيمة البناء قائماً، لأنه بنى غير متعد في عمله، وإن دلس كان كاذباً في قوله.

والوجه الرابع: أن ينكر المشتري الشراء ويدعي الهبة، فيكون القول قوله مع يمينه، ولا شفعة عليه في الظاهر، فيقاسمه الشريك ثم يبني، وتقوم البينة عليه بعد بنائه بالشراء. فالشفعة واجبة مع صحة القسمة، ولا يكون متعدياً بالبناء مع جحوده للشراء، لأنه تعدى في القول دون الفعل.

والوجه الخامس: أن يكون الشفيع طفلاً أو مجنوناً، فيمسك الولي عن طلب الشفعة، ويقاسم المشتري، ثم يبلغ الطفل ويفيق المجنون، فتكون له الشفعة مع صحة القسمة، ولا يكون إمساك الولي عن الشفعة مبطلاً للقسمة، ولا مقاسمته مبطلة للشفعة.

فصل: فإذا صحت القسمة مع بقاء الشفعة من هذه الوجوه الخمسة، وبطل اعتراض المزني بها، لم يجبر المشتري على قلع بنائه، وقيل للشفيع: إن شئت فخذ الشقص بثمنه وقيمة البناء.

وقال أبو حنيفة: يجبر المشتري على قلع بنائه، ولا قيمة له على الشفيع، استدلالاً بأن حق الشفيع أسبق من بنائه، فصار كالاستحقاق بالغصب.

وهذا خطأ، لأن المشتري تام الملك قبل أخذ الشقص. ألا تراه يملك النماء، ومن بنى في ملكه لم يتعد، كالذي لا شفعة عليه. ولأن من بنى في ملكه لم يكن جواز انتزاعه من يده موجباً لتعديه، ونقض بنائه، كالموهوب له إذا بنى ورجع الواهب في هبته. ولأن الشفعة موضوعة لإزالة الضرر، فلم يجز أن يزال بالضرر، وفي أخذ المشتري وعدم بنائه ضرر.

فأما الجواب عما ذكره من إلحاقه بالغصب، فهو: تعدي الغاصب بتصرفه في غير ملكه، وليس المشتري متعدياً لتصرفه في ملكه.

فصل: فلو قال الشفيع: أنا آخذ من الشقص ما لا بناء فيه بحصته من الثمن، لم يجز لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري. ولو قال: أنا آخذه بجميع الثمن، لم يجبر لأمرين:

أحدهما: أنه متطوع بهبة لا يلزمه قبولها.

والثاني: أنه يلزم بتركه بما استضر بها. فلو قال: أنا أقر بناءه في الأرض، لم يجبر لأمرين:

أحدهما: أنها عارية يستحق الرجوع فيها.

والثاني: أنه إقرار بناء في غير ملكه، قد يلحقه فيه ضرر.

فصل: وإذا أخذ الشفيع بشفعته شقصاً من دار بقضاء قاض، أو بغير قضاء قاض، فبنى فيه وغرس، ثم استحق ذلك من يده، فإن الشفيع مأخوذ بقلع بنائه وغرسه، لأنه بنى في غير ملكه. ثم ينظر: فإن كان الاستحقاق للمبيع ولحق الشفيع، رجع بالثمن على المشتري، ولم يرجع عليه بما نقص من قيمة البناء والغرس. لأنه لو لم يستحق المبيع، لكان مأخوذاً بقلع بنائه في حق نفسه.

وإن كان الاستحقاق للمبيع وحده دون حق الشفيع، فللشفيع أن يرجع بما نقص من بنائه، وغرسه على المشتري، ويرجع المشتري به على البائع.

وقال أبو حنيفة: لا يرجع به على أحد، وإنما يرجع بالثمن وحده على قابضه، لأنه قلعه بحق.

وهذا خطأ، لأن البائع بقبضه متعد دون الشفيع، فوجب أن يكون الضرر بنقض البناء والغرس راجعاً على البائع المتعدي دون الشفيع، لأنه لا يلحق الضرر من ليس بمتعد، ويزال عن المتعدي، والله أعلم.

فصل: فأما إذا كان المبيع شقصاً من أرض فزرعها الشفيع، ثم حصل الاستحقاق، نظر: فإن كان الاستحقاق لجميع الأرض من المبيع وحق الشفيع أخذ الشفيع بقلع زرعه، ولم يرجع على المشتري بنقصه لأنه غاصب لما كان بيده، وظالم لما أخذه بشفعته.

وإن كان الاستحقاق للشقص المبيع وحده، وجب إقرار زرعه إلى وقت حصاده، لأن بقاء الزرع غير متأبد بخلاف البناء المتأبد، وليس من الشفيع تعدٍ مقصود يؤخذ لأجله بقلع زرعه، لكن عليه لمستحق الشقص أجرة مثله من وقت زرعه إلى وقت حصاده. وهل يرجع على المشتري بما غرمه من الأجرة من وقت الزرع إلى وقت الحصاد؟ على قولين:

أحدهما: يرجع الشفيع به على المشتري، ويرجع المشتري به على البائع، كما قلنا فيمن نقص بقلع البناء.

والقول الثاني: لا رجوع للشفيع بشيء منه، بخلاف البناء.

والفرق: أن البناء استهلك عليه بالقلع فيرجع عليه بغرمه، وفي الزرع هو المستهلك لمنافع المدة، فلم يرجع بأجرتها.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ الشَّقْصُ فِي النَّخْلِ فَزَادَتْ، كَانَ لَهُ أَخْذُ زَائِدِهِ)[1].

قال الماوردي: أما النخل، فلا يخلو حال مبيعها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تباع مفردة عن الأرض، فلا شفعة فيها، فكذلك سائر الأشجار، كالأبنية التي إذا أفردت بالعقد لم تجب فيها الشفعة لأنها مما ينقل عن الأرض، والمنقول لا شفعة فيه كالزرع.

والقسم الثاني: أن تباع النخل مع الأرض، فتجب فيها الشفعة تبعاً للأرض، بخلاف الزرع لأنه لا يتبع الأرض في البيع، ويتبعها النخل.

والفرق بينهما: أن إفراد الزرع في الأرض غير مستدام، وإفراد النخل والشجر

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

مستدام. وأوجب أبو حنيفة الشفعة في الزرع تبعاً للأرض لاتصاله بها، وما ذكرناه من الفرق كاف.

والقسم الثالث: أن يباع النخل مع قرارها من الأرض مفردة عما يتخللها من بياض الأرض، ففي وجوب الشفعة فيها وجهان، وكذلك بيع البناء مع قراره دون الأرض على هذين الوجهين:

أحدهما: فيه الشفعة، لأنه فرع لأصل ثابت.

والوجه الثاني: أنه لا شفعة فيه، لأن قرار النخل يكون تبعاً لها، فلما لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فيها وفي تبعها.

فإذا تقرر هذا وكان البيع شقصاً من أرض ذات نخل وشجر، فزادت بعد البيع وقبل أخذ الشفيع لغيبته، أو عذرٍ لا تبطل به الشفعة، لم يخل حال الزيادة من أحد أمرين: إما أن تكون مثمرة، أو غير مثمرة:

فإن كانت الزيادة غير مثمرة، كالفسيل إذا طال وامتلى، والغرس إذا استغلظ واستوى، فللشفيع أن يأخذ ذلك بزيادته، لأن ما لا يتميز من الزيادة تبعاً لأصله.

وإن كانت الزيادة متميزة كالثمرة الحادثة، فلا يخلو حالها عند الأخذ بالشفعة من أن تكون: مؤبرة، أو غير مؤبرة فإن كانت مؤبرة، فلا حق فيها للشفيع، وهي ملك للمشتري. لأن ما كان مؤبراً من الثمار لا يتبع أصله، وعلى الشفيع أن يقرها على نخله إلى وقت الجذاذ.

وإن كانت الثمرة غير مؤبرة، ففي استحقاق الشفيع لها قولان:

أحدهما: يستحقها لاتصالها، كما يدخل في البيع تبعاً، وهذا قوله في القديم.

والقول الثاني: لا يستحقها، وتكون للمشتري لتميزها عن الأصل كالمؤبرة، وهذا قوله في الجديد.

ويكون الفرق بين الشفعة والبيع: أن البيع نقل ملك بعوض عن مراضاة، فجاز أن يكون ما لم يؤبر من الثمار تبعاً للقدرة على استبقائها بالعقد. والشفعة استحقاق ملك بغير مراضاة، فلم يملك بها إلا ما تناوله العقد. وهذا الحكم في كل ما استحق بغير مراضاة كالشفعة والتفليس. أو يكون بغير عوض كالرهن والهبة، وهل يكون ما لم يؤبر من الثمار تبعاً لأصلها؟ على ما ذكرنا من القولين.

فصل: فأما إذا كانت النخل عند ابتياع الشقص منها مثمرة، نظر: فإن كانت مؤبرة، لم تدخل في البيع إلا بشرط. وإذا شرطت فيه، لم يكن للشفيع فيها حق، وأخذ الشقص من النخل دون الثمر بحصته من الثمن، كمن اشترى شقصاً وعبداً.

وقال أبو حنيفة: يأخذها معاً بجميع الثمن. وفيما ذكرنا دليل عليه.

وإن كانت الثمرة غير مؤبرة، دخلت في البيع تبعاً، ثم لا يخلو حالها عند الأخذ بالشفعة من أن تكون: باقية على حالها غير مؤبرة، أو قد تأبرت عند الأخذ بالشفعة، ففيه وجهان:

أحدهما: لا حق فيها للشفيع، لتميزها عما يكون تبعاً فعلى هذا، يأخذ الشفيع الشقص من النخل بحصته من الثمن.

والوجه الثاني: أن الشفيع يأخذها مع الشقص تبعاً وقت العقد لاتصاله، فلم يسقط حق الشفيع منه عند انفصاله، كالبناء إذا انهدم، ولا فرق على الوجهين بين: أن تكون الثمرة على نخلها، أو مجذوذة.

وقال أبو حنيفة: إن جذت فلا حق له فيها لانفصالها، وإن كانت على نخلها أخذها بشفعته مؤبرة وغير مؤبرة، وتوجيه القولين دليل عليه.

فصل: «وَلاَ شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ لاَ بَيَاضَ لَهَا لأَنَّهَا لاَ تَحْتَمِلُ الْقَسْمَ»[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا: أن ما سوى العقار والأرضين لا شفعة فيه، وهو قول عطاء، وإن العقار ضربان:

ضرب: يقسم جبراً، ففيه الشفعة وفاقاً.

وضرب: لا يقسم جبراً، ففيه الشفعة عند أبي العباس بن سريج، وبه قال مالك وأبو حنيفة خوفاً من سوء المشاركة واستدامة الضرر به، ولهذا القول وجه.

ومذهب الشافعي: لا شفعة فيه للأمن من مؤونة القسمة، وعليه يكون التفريع:

فمن ذلك: البئر المشتركة إذا بيع شقص منها، فلا يخلو حالها من أحد أمرين:

إما أن يكون حولها بياض لها، أم لا. فإن كان حولها بياض لها، فعلى ضربين:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

أحدهما: أن تكون واسعة يحتمل القسمة كالأرض التي يحفر فيها بئر وهي محتملة للقسم، فالشفعة واجبة في البئر تبعاً للأرض، كما تجب في النخل تبعاً للأرض، لأن البئر إذا حصلت في حصة أحدهما أمكن للآخر حفر مثلها في حصته.

والضرب الثاني: أن يكون البياض ضيقاً لا يحتمل القسمة لأنه حريم للبئر لا يمكن أن يفرد عنها على حسب اختلاف الفقهاء في قدر الحريم، فيكون حكمها حكم البئر التي ليس حولها بياض لها، لأنه لقلته وتعذر إفراده عنها تبع لها، وإذا اتسع صارت البئر تبعاً له. وإذا كان كذلك، ولم يكن حول البئر بياض، أو كان يسيراً لا يحتمل القسم، فلا يخلو حالها من أحد أمرين: إما أن تكون واسعة، أو ضيقة.

فإن كانت ضيقة لا تحتمل القسم، فلا شفعة فيها على مذهب الشافعي رضي الله عنه. وقد رويَ عن عثمان بن عفان رضي الله عنه: «أَنَّهُ لاَ شُفْعَةَ فِي بِئْرٍ وَلاَ فَحْلٍ[1] والأُرُقُ تَقْطَعُ كُلَّ شُفْعَةٍ» يعني بالفحل: فحل النخل، يكون للرجل في أرض غيره من غير شرك في الأرض، والأرق: المعالم.

وإن كانت البئر واسعة تحتمل القسمة كآبار البادية، فلها حالتان:

إحداهما: أن تكون يابسة لم يوصل إلى الماء، فالشفعة فيها واجبة، لأنه إذا قسمت وصار كل واحد منهم أمكن أن يحجزها ويحفرها بئرا.

والحال الثانية: أن يكون فيها ماء قد وصل الحفر إليه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ينبوع الماء من جميعها، وخارج من سائر قرارها، فالشفعة فيها واجبة لأنها إذا قسمت وجعل بين الحصتين حاجزاً كانت بئراً مفردة.

والضرب الثاني: أن يكون ينبوع الماء في جانب منها فلا شفعة فيها، لأنه وإن أمكن قسمتها لسعتها فقد يحصل ينبوع الماء في جانبها لإحدى الحصتين، فتصير إحدى الحصتين بئراً، والأخرى غير بئر، فلم يصح القسم، ولم تجب الشفعة.

فصل: ومن ذلك الحمام. فإن كان واسعاً ذا بيوت إذا قسم حصل في كل حصة بيوت يمكن أن يصير حماماً، وكان أتونه واسعاً إذا قسم بين الحصتين، اتسعت كل حصة بما صار لها من الأتون واكتفى به، قسم جبراً ووجبت فيه الشفعة. وإن كان ضيقاً تقل بيوته إذا

---

(١) الأثر عن عثمان: أخرجه البيهقي ٦/ ١٠٥.

قسمت عن كفاية حمام ويصغر أتونه عن القسمة وتزول عنه المنفعة كالذي نشاهده في وقتنا من أحوال الحمامات، فلا شفعة فيه على مذهب الشافعي رضي الله عنه.

فإن قيل: فإذا كانا حمامين، فقد يصير أحد الحمامين لأحد الشريكين، فهلا وجبت فيها الشفعة؟

قلت: إنما تعتبر القسمة بحال كل واحد منهما على الانفراد، ولا يلزم في القسمة عندنا أن ينفرد أحدهما بأحد الحمامين والآخر بالآخر إلا عن تراض.

فصل: ومن ذلك الرّحاء فلا شفعة فيه إن بيع منفرداً عن أرضه، كما لا شفعة في البناء منفرداً. وإن بيع مع أرضه، فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون الأرض ضيقة كبيوت الأرحاء التي لا سعة فيها لغير الرحاء، فلا شفعة فيها على مذهب الشافعي رضي الله عنه، لأنها لا تنقسم جبراً.

والضرب الثاني: أن تكون الأرض واسعة يختص الرحاء بموضع منها كأرحاء البصرة في أنهارها، فقد اختلف أصحابنا في إطلاق بيع الأرض: هل يوجب دخول الرحاء فيه؟ على ثلاثة مذاهب:

أحدها: أن تدخل فيه علواً وسفلاً، فعلى هذا تجب فيه الشفعة تبعاً للأرض كالبناء.

والوجه الثاني: لا يدخل فيه العلو ولا السفل. فعلى هذا، لا شفعة فيه إن شرط في البيع كالزرع، ويأخذ الأرض بحصتها من الثمن.

والوجه الثالث: يدخل فيه السفل دون العلو. فعلى هذا، تجب الشفعة في السفل دون العلو.

فأما بيت الرحاء فداخل في البيع على الوجوه كلها، والشفعة فيه واجبة كسائر الأبنية.

فصل: ومن ذلك الدولاب في الأرض. فإن أفرد بالبيع فلا شفعة فيه، وإن بيع مع الأرض فاختلف أصحابنا: هل يقتضي إطلاق البيع دخوله فيه تبعاً له؟ على ثلاثة مذاهب:

أحدها: أنه يدخل فيه تبعاً كالبناء لاتصاله، فعلى هذا تجب الشفعة فيه.

والثاني: أنه لا يدخل فيه لتميزه، فعلى هذا لا شفعة فيه.

والثالث: إن كان كبيراً لا يمكن نقله على حاله صحيحاً دخل في البيع، وجبت فيه الشفعة تبعاً. وإن كان صغيراً يمكن نقله على حاله صحيحاً، لم يدخل في البيع، ولم تجب فيه الشفعة.

فصل: ومن ذلك المعدن، وهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون جارياً كمعادن القار والنفط، فيكون حكمه حكم البئر والعين. إن كان ضيقاً لا يصير ما قسم معدناً فلا شفعة فيه، وإن كان واسعاً نظر: فإن كان ينبوعه في أحد جوانبه فلا شفعة فيه، وإن كان ينبوعه من جميع جوانبه ففيه الشفعة. ثم ينظر: فإن كان ما ينبع منه يجتمع فيه، ولا يخرج منه، فهل يكون ما اجتمع فيه وقت العقد داخلاً في البيع ومأخوذاً بالشفعة؟ على وجهين:

أحدهما: يدخل فيه كاللبن في الضرع، ويؤخذ بالشفعة لأنه يتبع لما فيه الشفعة كالثمرة غير المؤبرة.

والوجه الثاني: لا يدخل في البيع كالولد المنفصل، والثمرة المؤبرة، لظهوره كامل المنفعة. فإن شرط في العقد، دخل فيه ولم تجب فيه الشفعة.

وإن كان ما ينبع جارياً لا يجتمع فيه، فعلى قول أبي إسحاق: لا يملك إلا بالإجارة والأخذ، وإذا خرج عن معدنه لم يمنع الناس منه.

وعلى قول أبي علي بن أبي هريرة: إنه مملوك قبل إجازته، وله منع الناس منه. فإذا خرج عن معدنه، فعلى هذا: هل يكون داخلاً في البيع إذا كان ظاهراً وقت العقد؟ على ما ذكرنا من الوجهين.

والضرب الثاني: أن يكون المعدن جامداً كمعادن الصفر والنحاس، فكل ما دخل فيه داخل في البيع لأنه تربة المعدن، فصار كالأرض. ثم ينظر: فإن كان قسمته ممكناً، وتصير كل حصة منه إذا قسمت معدناً، وجبت فيه الشفعة. وإن كان بخلافه، فلا شفعة.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَأَمَّا الطَّرِيقُ الَّتِي لاَ تُمْلَكُ، فَلاَ شُفْعَةَ فِيهَا، وَلاَ بِهَا)[١].

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في مراد الشافعي بذلك:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

فقال أبو علي بن أبي هريرة، وأبو حامد الإسفراييني: أراد به أبا حنيفة في الدار أن تكون على طريق نافذة فلا شفعة في حقها من الطريق في مسلك أو فناء، وهذا إجماع، لأنه غير مملوك العين، وإنما هو مستحق المنفعة، ولا شفعة بهذا الطريق فيما جاور أو قابل، بخلاف قول أبي حنيفة. لأنه لما لم يستحق فيه الشفعة، فأولى أن لا يستحق به الشفعة.

وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي الطبري: أراد به مالكاً في الدار يكون لنا طريق مستحق في دار أخرى من غير ملك في التربة، فلا شفعة في هذا الطريق وحدها لأنها منفعة مستحقة وليست عيناً مملوكة، ولا شفعة بهذا الطريق فيما هو مستحق فيه من الأرض، ولا لهذه الأرض شفعة فيما يستحق له بهذا الطريق. بخلاف قول مالك، فإنه جعل الشفعة بهذا الطريق واجبة لكل واحدة من الدارين في الأخرى، وبه قال أبو العباس بن سريج استدلالاً برواية أبي سلمة عن جابر قال: إِنَّمَا جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الشُّفْعَةَ فِي كُلِّ مَالٍ لَمْ يُقَسَّمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ»(١). فدل على أن ما لم تصرف فيه ففيه الشفعة.

ولأنه قد يتأذى بسوء الاستطراق، كما يتأذى بسوء الاشتراك، فاقتضى أن يستحق الشفعة بها، كما يستحق بأحدهما. وهذا خطأ، لرواية أبي سلمة عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا قُسِّمَتِ الأَرْضُ وَحُدَّتْ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا»(٢).

ولأن المنافع المستحقة في الأملاك لا توجب الشفعة كالإجارة. ولأن تميز الأملاك يمنع استحقاق الشفعة كصرف الطرق، ولأن ما لا يملك فيه الشفعة فأولى أن لا تملك به الشفعة.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «إِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ» فهو: أنه ليس ارتفاع الشفعة بوقوع الحدود وصرف الطرق، دليلاً على ثبوت الشفعة بوقوع الحدود وبقاء الطرق، وإنما يحتاج إلى طلب الدلالة عليه، وقد روي أنه قال: «فإذا وقعت الحدودُ فلا شُفْعة» فنستعملُ الخبرين فنقول: إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة بالخبر الأول، وإذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق فلا شفعة بالخبر الثاني، كما روي أنه قال: «مَنْ مَسَّ فَرْجَهُ أَوْ أُنْثَيَيْهِ تَوَضَّأَ». وروي «مَنْ مَسَّ فَرْجَهُ تَوَضَّأَ».

وقد قيل: إنما ذكر صرف الطرق لئلا يقول قائل: إن الطريق المملوكة تبطل الشفعة فيها لبطلانها في المحدود عنها، فأثبت الشفعة في الطريق مع بطلانها في الأصل.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

وأما التأذي بسوء الاستطراق، فليس مجرد الأذى علة في استحقاق الشفعة ما لم ينضم إليه الخوف من مؤونة القسمة، وقد مضى ذلك في غير موضع. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَأَمَّا عَرَصَةُ الدَّارِ تَكُونُ مُحْتَمِلَةً لِلْقَسْمِ وَلِلْقَوْمِ طَرِيقٌ إِلَى مَنَازِلِهِمْ، فَإِذَا بِيعَ مِنْهَا شَيْءٌ فَفِيهِ الشُّفْعَةُ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في عرصة تحيط بها دور وهي مشتركة بين أرباب الدور، مرفوعة بين أهلها، بخلاف الطريق النافذة لبيع كل واحد منهم لحصته جائز والبناء فيها شائع.

فإذا باع أحدهم داره مع حصتها من العرصة، فقد قال مالك وأبو العباس بن سريج: إن الشفعة واجبة في الدار المحوزة، وفي حصتها من العرصة كالمسألة الماضية.

وعلى مذهب الشافعي رضي الله عنه: لا شفعة فيها. وإن كانت واسعة تحتمل القسمة وينتفع كل واحد منهم بحصته من العرصة، فلا يخلو حال الدار المبيعة: من أن يكون لها طريق من غير العرصة، أم لا.

فإن كان لها طريق من غير العرصة وجبت الشفعة لحصتها من الثمن، ويكون المشتري بدخوله على هذه الحالة مؤثراً لتفريق صفته، وقد سقط حق المشتري من استطراق العرصة لزوال ملكه بالشفعة عما اشتراه من العرصة، وإن لم يكن للدار المبيعة طريق من غير العرصة، ففي وجوب الشفعة في العرصة ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا شفعة فيها، وهو الظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه. لأن ما لا تستغني الدار عنه، فهو من مرافقها التي لا يصح إفراده عنها، ولأنه لا يجوز أن يزال الضرر عن الشركاء بإدخال ما هو أعظم منه على المشتري.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إن الشفعة واجبة في العرصة، ويبطل استطراق المشتري فيها، لأنه دخل على علم واختيار، فصار هو المضر بنفسه.

والوجه الثالث: أن الشفعة في العرصة واجبة، وحق الاستطراق فيها ثابت بغير ملك في التربة لزوال الضرر عن الفريقين.

وعلى الوجه الذي قبله: يكون البيع جائزاً. فعلى هذا، لو أخذت حصة الدار من

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

العرصة بالشفعة واستحق المشتري الاستطراق إلى داره في العرصة، نظر في أخذ الحصة: فإن أخذها جميع الشركاء في العرصة فله حق الاستطراق على جميعهم، حتى لو اقتسموا كان له أن يستطرق حصة من شاء منهم. وإن أخذ الحصة أحدهم، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لم يستحق الاستطراق في حصة غير الآخذ منه بالشفعة دون غيره من الشركاء، حتى لو اقتسموا لم يكن له استطراق حصة غيره، ولأن طريق الدار صار في حصته.

والوجه الثاني: أنه يستحق الاستطراق على جميعهم، لأن حقه منفعة شائعة في جميع العرصة، فلم يصح إجارتها بالقسمة. والله أعلم.

فصل: فأما إذا اتسعت العرصة عن استطراق الشركاء لو اقتسموا، فكان نصفها لو اقتسموه كافياً لاستطراقهم، فالشفعة في الفاضلة من العرصة من استطراقهم واجبة وجهاً واحداً، ولا يتملك المشتري في استطراقها، وفي وجوبها في المستطرق ثلاثة أوجه على ما ذكرنا. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلِوَلِيِّ الْيَتِيمِ وَأَبِي الصَّبِيِّ أَنْ يَأْخُذَا بِالشُّفْعَةِ لِمَنْ يَلِيَانِ إِذَا كَانَتْ غِبْطَةً، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلاَ، فَإِذَا وَلِيَا مَالَهُمَا أَخَذَاهَا)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال: اعلم أن الصبي والمجنون إذا وجبت لهما الشفعة، لم يخل حالهما من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون في أخذها لهما حظ وغبطة، فعلى وليهما أن يأخذها لهما.

وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز للولي أن يأخذها لهما، لأنها موقوفة على شهوات النفوس.

وهذا خطأ، لأن الولي مندوب إلى فعل ما عاد بصلاح من يلي عليه في استيفاء حقوقه كالديون والرد بالعيب، وليس إذا كان الأخذ بالشفعة موقوفاً على شهوات النفوس ما يوجب امتناع الولي منه إذا كان فيه صلاح له كشراء الأملاك، هو موقوف على الشهوات، وللمولى أن يشتري له منها ما كان فيه الصلاح. فإذا تقرر هذا، فللولي حالتان:

حالة: يأخذ الشفعة.

وحالة: يردها.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

فإن أخذها لزمت الأولى عليه وصارت ما كان له، ولم يكن له إذا صار رشيداً أن يرد، كما لا يرد ما اشتراه إذا كان له فيه غبطة. وإن عفا الولي عنها ولم يأخذها، فللمولى عليه إذا بلغ رشيداً أن يأخذها.

وقال أبو حنيفة: قد بطلت شفعته برد الولي، وليس له أخذها إذا بلغ، لأن عفو من له الأخذ يبطلها كالشريك.

وهذا فاسد، لأن عفو الولي عن الحقوق الثابتة مردود كالإبراء والرد بالعيب، وإن كان من الملك قاضياً.

فصل: والقسم الثاني: أن لا يكون للمولى عليه حظ في أخذ الشفعة: إما لزيادة الثمن، وإما لأن صرف ذلك في غيره من أموره أهم، فلا يجوز للولي أن يأخذها، كما لا يجوز أن يشتري له ما لا حظ له في شرائه، ولا يصير الشقص للولي، بخلاف الشراء.

والفرق بينهما: أن الولي لما جاز له أن يشتري لنفسه ما اشترى لمن يلي عليه، جاز أن يصير له الشراء عند بطلانه لمن يلي عليه. ولما لم يجز أن يأخذ لنفسه بالشفعة ما يأخذه لمن يلي عليه، لم يجز أن تصير له الشفعة عند بطلانها لمن يلي عليه.

فإذا تقرر أن الشفعة مردودة والولي من أخذها ممنوع، فبلغ المولى عليه رشيداً، فأراد أخذ الشفعة ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة: إن شفعته قد بطلت بترك وليه، وليس له أخذها بعد رشده لأنه لما قام، أخذ الولي مقام أخذه، ولم يكن له الرد قام رد الولي مقام رده، ولم يكن له الأخذ كالرد بالعيب طرداً وكالقصاص عكساً، لما لم يكن للولي أخذه لم يؤثر فيه رده.

والوجه الثاني: أن شفعته باقية لا تبطل بترك وليه، وله أخذها بعد رشده، لأن اعتبار الحظ في الأخذ بالشفعة إنما يكون لمن أخذها لغيره كالولي، ولا يعتبر فيمن أخذها لنفسه. ألا ترى أن الشفيع لو أخذ لنفسه ما لا حظ له في أخذه جاز، فلذلك منع الولي من أن يأخذها عند عدم الحظ في أخذها؟ لأنه وال، ووجود الحظ معتبر في أخذه، وجاز للمولى عليه إذا بلغ رشيداً أن يأخذها مع عدم الحظ في أخذها لأنه مالك، ووجود الحظ غير معتبر في أخذه.

فصل: والقسم الثالث: أن يستوي حظ المولى عليه في أخذ الشفعة وتركها، ففي أخذ الولي لها ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يجوز أن يأخذها ما لم يظهر الحظ في أخذها، لأن وجود الحظ معتبر فيه.

والوجه الثاني: أنه يجب عليه أن يأخذها، لأن الأخذ بالشفعة أحظ، ما لم يظهر ضرر.

والوجه الثالث: أنه مخير بين: أخذها وتركها لاستواء الحالين.

فعلى هذا إن قلنا: بوجوب أخذها عليه وأنه مجبر، فتركها، فللمولى عليه أذا بلغ رشيداً أن يأخذها.

وإن قلنا: بمنعه من أخذها، فهل للمولى عليه أن يأخذها بعد رشده؟ على ما ذكرنا من الوجهين.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ اشْتَرَى شَقْصاً عَلَى أَنَّهُمَا جَمِيعاً بِالْخَيَارِ، فَلاَ شُفْعَةَ حَتَّى يُسَلِّمَ الْبَائِعُ. (قَالَ): وَلَوْ كَانَ الْخَيَارُ لِلْمُشْتَرِي دُونَ الْبَائِعِ، فَقَدْ خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الْبَائِعِ، وَفِيهِ الشُّفْعَةُ)[1].

قال الماوردي: اعلم أن ما يثبت من الخيار في البيع على أربعة أقسام:

خيار عقد، وخيار شرط، وخيار رؤية، وخيار عيب.

أما القسم الأول فهو خيار العقد: وهو خيار المجلس، فلا يستحق فيه الشفعة إلا بعد نقضه بالافتراق عن تمام وإمضاء، وسواء قيل: إن الملك منتقل بنفس العقد، أو بالافتراق مع تقديم العقد، لأن ثبوت الفسخ لكل واحد منهما يمنع من استقرار العقد بينهما. ولأن البائع لما لم يلزمه عقد المشتري، فأولى أن لا يلزمه شفعة الشفيع.

فإذا افترقا عن تمام وإمضاء، استحق الشفيع حينئذ أن يأخذ بالشفعة. وبماذا يصير الشفيع مالكاً لها؟ على ثلاثة أقاويل من اختلاف أقاويله في انتقال الملك:

أحدها: أن يكون مالكاً لها بنفس العقد، وإن منع من الأخذ إلا بالافتراق. وهذا على القول الذي يقول فيه: إن الملك منتقل بنفس العقد.

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

والقول الثاني: أن يكون مالكاً للشفعة بافتراقهما عن تراض. وهذا على القول الذي يقول فيه: إن الملك لا ينتقل إلا بالعقد والافتراق.

والقول الثالث: إن ملك الشفعة كان موقوفاً على إبرام العقد وإمضائه، فتمامه يدل على تقديم ملكها بالعقد، وفسخه يدل على أنه لم يملكها بالعقد. وهذا على القول الذي يقول فيه: إن الملك موقوف مراعىً.

فإذا أخذ الشفيع ذلك بالشفعة بعد الافتراق عن تراض بحكم أو بغير حكم، فهل يثبت له بعد الأخذ خيار المجلس أم لا؟ على وجهين لأصحابنا:

أحدهما: أنه له خيار المجلس، لأنه تملكه بمعاوضة كالبيع.

والوجه الثاني: وهو أصح، أنه لا خيار له لأن الشفعة موضوعة لدفع الضرر بها، كالرد بالعيب الذي لا يملك فيه بعد الرد خياراً، وليس كالبيع الموضوع للمعاينة وطلب الأرباح.

فصل: وأما القسم الثاني وهو خيار الشرط: فهي مسألة الكتاب، وله ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يكون خيار الثلاث مشروطاً للبائع والمشتري.

والحال الثانية: أن يكون مشروطاً للبائع دون المشتري.

والحال الثالثة: أن يكون مشروطاً للمشتري دون البائع.

فإن كان الخيار مشروطاً للبائع والمشتري، أو مشروطاً للبائع دون المشتري، فلا حق للشفيع في الأخذ بالشفعة ما لم تنقض مدة الخيار، لما ذكرنا في خيار المجلس. فإذا تم البيع بينهما بتقضي مدة الخيار، واستحق الشفيع حينئذ الأخذ بالشفعة، بماذا يصير مالكاً لها؟ على ما مضى من الأقاويل الثلاثة.

وإن كان الخيار مشروطاً للمشتري دون البائع، فقد روى المزني ها هنا: أن للشفيع أخذه بالشفعة. ورواه الربيع أيضاً، قال الربيع: وفيه قول آخر: إنه لا حق للشفيع في أخذه إلا بعد أن تنقضي مدة الخيار.

وجملته: أنه يترتب على اختلاف أقاويله في انتقال الملك. فإن قيل: إنه لا ينتقل إلا بالعقد وانقضاء مدة الخيار، أو أنه موقوف مراعىً فلا شفعة فيه إلا بانقضاء مدة الخيار، لأن الشفيع يملك عن المشتري، فامتنع أن يملك ما لم يملك المشتري.

وإن قيل: إن الملك قد انتقل بنفس العقد، ففيه قولان:

أحدهما: وهو رواية المزني: أن فيه الشفعة، لأنه علقة البائع عنه منقطعة، وخيار المشتري فيه كخياره في الرد بالعيب، وهو لا يمنع الشفيع من الأخذ.

والقول الثاني: وهو رواية الربيع: إنه لا شفعة فيه إلا بانقضاء مدة الخيار. ولأن المشتري لم يرض بدخوله في عهدة العقد، فخالف خيار العيب الموضوع لاستدراك الغبن الذي قد يحصل له من جهة الشفيع. ثم يتفرع على هذا ثلاثة فروع:

فالفرع الأول: أن يتفق البائع والمشتري على اشتراط الخيار لهما في العقد، ويكذبهما الشفيع ويدعي أن العقد وقع ناجزاً من غير خيار شرط، فيكون القول قول البائع والمشتري، واليمين واجبة على المشتري منهما دون البائع، لأن انتزاع الملك من يده، فيحلف له، لأن الأصل بقاؤه على ملكه ويده، ولا شفعة للشفيع بعد يمين المشتري إلا بانقضاء مدة الخيار.

وهكذا لو كان البائع غائباً فادعى المشتري اشتراط خيار الثلاث لهما، أو للبائع وحده، وأكذبه الشفيع، كان القول قول المشتري مع يمينه، ولا شفعة إلا بانقضاء مدة الخيار.

والفرع الثاني: أن يدعي البائع اشتراط خيار الثلاث وينكره المشتري والشفيع، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: القول قول البائع، ولا شفعة. وعلى قول محمد بن الحسن: القول قول المشتري، وفيه الشفعة. وعلى مذهب الشافعي رضي الله عنه: أنهما يتحالفان، كما يتحالفان في اختلاف الثمن، فإذا تحالفا ففي بطلان البيع بتحالفهما وجهان:

أحدهما: قد بطل بتحالفهما، ولا شفعة فيه.

والوجه الثاني: أنه لا يبطل إلا بفسخ الحاكم.

فعلى هذا، يكون المشتري بالخيار بين: إمضاء البيع بخيار الثلاث للبائع، وبين فسخه وخياره. وهذا على الفور، لأنه خيار حكم.

فإن اختار المشتري فسخه بطل البيع ولا شفعة فيه، وليس للشفيع أن يجبر المشتري على إمضاء البيع بخيار الثلاث، لأنه إجبار على التزام عقد. وإن اختار المشتري إمضاء البيع بخيار الثلاث للبائع، ثبت للبائع خيار الثلاث. فإن اختار فيها فسخ البيع، انفسخ ولا

شفعة فيه. وإن اختار فيها إمضاء البيع، فللمشتري أخذ الشقص بثمنه، ثم للشفيع أخذه من يده بمثل ثمنه.

والفرع الثالث: أن يدعي المشتري اشتراط خيار الثلاث وينكره البائع والشفيع:

فإن قيل: إن للشفيع أن يأخذه بالشفعة في خيار المشتري، فلا تحالف بين البائع والمشتري، وللشفيع أخذه بالشفعة.

وإن قيل: إنه لا حق للشفيع فيه إلا بانقضاء خيار المشتري، تحالف البائع والمشتري على الخيار. فإذا تحالفا فقد بطل البيع في أحد الوجهين، ولا شفعة فيه.

والوجه الثاني: لا يبطل إلا بفسخ الحاكم. فعلى هذا، يكون للبائع الخيار على الفور في إمضاء البيع بخيار الثلاث للمشتري أو فسخه، فإن فسخه فقد بطل البيع، ولا شفعة فيه. وإن أمضاه، ثبت خيار الثلاث للمشتري. فإن فسخ البيع فيها فلا شفعة فيه، وإن أمضاه أخذه الشفيع منه.

فصل: وأما القسم الثالث وهو خيار الرؤية: أن يعقدا بيع العين الغائبة، ففي البيع قولان:

أحدهما: باطل، ولا شفعة فيه.

والقول الثاني: جائز، ثم للشفيع في رؤية الشقص المبيع حالتان:

إحداهما: أن يكون قد رآه. فلا يجوز أن يأخذه إلا بعد رؤية المشتري له، لأن العقد قبل رؤيته غير لازم له سواء قيل: إن خياره جار مجرى خيار البدل والقبول، أو جار مجرى خيار المجلس، لأن كل واحد من الخيارين لا يملك الشفيع فيه الشفعة إلا بعد انقضائه على الصحة.

والحال الثانية: أن يكون الشفيع لم ير الشقص المبيع، فهل يجوز له أخذه قبل الرؤية أم لا؟ على قولين مبنيين على اختلاف قوليه في جواز البيع على خيار الرؤية:

أحدهما: لا يجوز له أخذه قبل الرؤية، على قوله في المنع من بيع خيار الرؤية لأنه يحل في أخذه بالشفعة محل المشتري. وسواء رضي المشتري بأخذه قبل الرؤية، أو لم يرض، كما يبطل شراء المشتري على هذا القول سواء رضي البائع أو لم يرض.

والقول الثاني: أن أخذ الشفيع قبل الرؤية جائز على قوله: إن البيع بخيار الرؤية

جائز. فعلى هذا، يكون المشتري بالخيار بين: تسليم الشقص إليه قبل رؤيته وبعد أن يصفه له كما يصفه البائع للمشتري، وبين: أن يمنعه حتى يراه، فيسقط خياره بالرؤية لأن المشتري لا يلزمه تسليم شقص ثبت للشفيع فيه خيار الرؤية.

فصل: وأما القسم الرابع: وهو خيار العيب: فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون في الشقص.

والثاني: أن يكون في الثمن.

فإذا كان العيب في الشقص، فالخيار فيه للمشتري، وللشفيع أن يأخذ منه بعيبه، ويمنعه من رده. لأن رد المشتري له بالعيب إنما هو لاستدراك الغبن، وهو يستدركه من الشفيع بالوصول إلى جميع الثمن. فعلى هذا، لو حضر الشفيع وقد رده المشتري بالعيب، كان للشفيع إبطال رده واسترجاع الشقص من بائعه، لأن الرد بالعيب قطع للعقد، وليس برافع للأصل، فلم يكن للمشتري إبطال حق الشفيع. كما لو باعه وأراد الشفيع إبطال بيعه، كان له، ليتوصل به إلى شفعته.

فلو كان المشتري عند ظهوره على عيب الشقص صالح البائع على أرشه، وحضر الشفيع مطالباً بالشفعة، فله أخذه بالباقي من الثمن بعد إسقاط الأرش إن قيل: بجواز أخذ الأرش صلحاً مع بقاء العين في أحد الوجهين. وإن قيل: إنه لا يجوز في الوجه الثاني، أخذه الشفيع بجميع الثمن.

فأما إن كان العيب في الثمن، فسيأتي في تفريع المزني.

فصل: فأما ثبوت الخيار في الشقص الذي يملك به الشفعة، فإن كان خيار عيب لم يمنع من أن يملك به الشفعة لبقائه على ملك مشتريه ما لم يرده.

وإن كان خيار رؤية، لم يملك به المشتري الشفعة، سواء قيل بصحة البيع أو بفساده. لأنه إما أن يكون غير مالك إن بطل البيع، أو غير مستقر الملك إن صح.

فأما البائع فإنه يملك به الشفعة إن قيل: ببطلان البيع. وفي ملك الشفعة به مع صحة البيع، وجهان مبنيان على اختلافهم في لزوم البيع في خيار الرؤية قبل وجود الرؤية. وأما خيار المجلس فلا يملك البائع فيه شفعة بالشقص الذي هو في مجلس بيعه وخياره، سواء قيل: إن ملكه قد انتقل بالعقد، أو قيل: إنه لا ينتقل إلا بانقضاء الخيار. لأنه إن قيل:

بزوال ملكه، فلا شفعة له بما زال ملكه عنه، وإن قيل: ببقاء ملكه، فبيعه رضى منه بإسقاط شفعته.

وأما المشتري، فإن فسخ العقد فلا شفعة له بما لم يستقر ملكه عليه، وإن تم له البيع.

فإن قيل: إنه لا ينتقل إلا بانقضاء الخيار، فلا شفعة له، لأنه كان غير مالك.

وإن قيل: بانتقال الملك إليه بالعقد، أو قيل: بوقوفه ومراعاته، ففي استحقاق الشفعة به وجهان:

أحدهما: له الشفعة به لدخوله في ملكه.

والوجه الثاني: لا شفعة له به، لأن ملكه غير مستقر لا يجوز أن يعاوض عليه، فلم يجز أن يملك به.

وأما خيار الثلاث، فإن كان لهما فحكمه حكم خيار المجلس، وكذا إن كان الخيار للمشتري وحده ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا شفعة لواحد منهما. أما البائع، فلما في بيعه من الرضا بإسقاط حقه، وأما المشتري فلعدم ملكه، أو لعدم استقراره.

والوجه الثاني: أنها للبائع، لأن في اشتراط الخيار لنفسه تمسكاً بما تعلق به من حقوقه.

والوجه الثالث: أنه موقوف مراعاة، فإن تم البيع بينهما فالشفعة للمشتري. وإن انفسخ، فالشفعة للبائع اعتباراً بما يفضي إليه أحوالهما.

مسالة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ مَعَ الشُّفْعَةِ عَرَضٌ وَالثَّمَنُ وَاحِدٌ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ الشُّفْعَةَ بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا بيع الشقص عرض بثمن واحد، وجبت الشفعة في الشقص دون ما ضم إليه من العرض، وسواء كان العرض المضموم إليه مما ينتفع به في الشقص، أم لا.

وقال مالك: إن كان العرض المضموم إليه مما يستعمل في الشقص المشترك، كبقرة

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

الدولاب والحرث، والعبد العامل في الأرض، وكالدلو والحبل، أخذ بالشفعة مع الشقص تبعاً، كما ضم إليه في العقد تبعاً، كالنخل والبناء.

وهذا خطأ، لقوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ»[1] فاقتضى نفي الشفعة عما قسم. ولأن ما لا تجب فيه الشفعة بانفراده، لا تجب فيه الشفعة بانضمامه مع غيره عند انفصاله، قياساً على غير العوامل من البقر والعبيد. ولأن ما لا تجب فيه الشفعة مع فقد العمل، لم تجب فيه الشفعة مع وجود العمل، قياساً على المفرد بالعقد.

فأما الجواب عن قياسه على النخل والبناء، فالمعنى فيه: أنه لما دخل النخل والبناء تبعاً في البيع وجبت فيه الشفعة تبعاً، ولما لم تدخل البقرة والعبد في البيع لم تجب فيه الشفعة.

فصل: فإذا ثبت وجوب الشفعة في الشقص وحده دون العبد المضموم إليه، فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن، لأن الصفقة إذا جمعت شيئين يقسط الثمن عليهما، كما لو استحق أحدهما، أو رد بعيب.

وأمّا اعتبار أخذه بالحصة، فأن يقوم الشقص يوم العقد. فإن كانت قيمته ألفاً قوم العبد، فإن كانت قيمته خمسمائة علم أن الشقص في مقابلة ثلثي، القيمة فيأخذه الشفيع بثلثي الثمن، زائداً كان الثمن أو ناقصاً. ثم لا خيار للمشتري في رد العبد بتفريق الصفقة عليه، لأنه لما ضم ما لا شفعة فيه إلى ما فيه الشفعة، كان هو العالم بتفريقها والرضى به. ومن دخل على علم بعيب، لم يملك الرد به.

فصل: وأما إذا اشترى الرجل شقصين من دارين في صفقة واحدة بثمن واحد، لم يخل مستحق الشفعة فيها من: أن يكون واحداً، أو اثنين.

فإن كان مستحقها اثنين لكل شقص منهما شفيع، وكان كل واحد منهما مخيراً في أخذ ما في شفعته بحصته من الثمن، أو تركه.

فإن أخذا أو تركا، أو أخذ أحدهما وترك الآخر، فكله جائز وإن كان مستحق الشفعة فيها واحداً، ففيه وجهان:

(١) سبق تخريجه.

أحدهما: وهو الأظهر من المذهب: أن يأخذهما أو يتركهما، وليس له تفريق الصفقة بأخذ أحدهما لاستحقاق الشفعة فيهما، كما ليس له تفريقها بأخذ البعض.

والوجه الثاني: أنه يجوز له أن يأخذ أي الشفعتين شاء لتميزه، وأن الشفعة موضوعة لإزالة ضرره، وربما كان ضرره بأحدهما أكثر، ويلحقه بأخذ الآخر ضرر.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَعُهْدَةُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ، وَعُهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرِي. (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَهَذِهِ مَسَائِلُ أَجَبْتُ فِيهَا عَلَى مَعْنَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ)[١].

قال الماوردي: أما العهدة فمشتقة من العهد، لما عليه من الوفاء بموجبه.

قال الله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾[٢] فلأجل ذلك سمى ضمان الدرك عهدة، ثم يسمي كتاب الشراء عهدة لأنه قد يتضمن ذلك.

واختلف الفقهاء في عهدة الشفيع، فذهب الشافعي: إلى أن عهدة الشفيع على المشتري، وعهدة المشتري على البائع.

وقال ابن أبي ليلى: عهدة الشفيع على البائع.

وقال أبو حنيفة: إن كان الشفيع قد قبضه من المشتري فعهدته على المشتري، وإن كان قد قبضه من البائع فسخ عقد المشتري، وكانت عهدته على البائع.

فأما ابن أبي ليلى، فاستدل بأن البائع أصل والمشتري فرع، فكان الرجوع إلى البائع أولى من المشتري، لأنه لا اعتبار بالفرع مع وجود الأصل.

قال: ولأن المشتري يحل محل الوكيل للشفيع لدخوله على علم بانتقال الشراء على الشفيع، ثم ثبت في شراء الوكيل أن العهدة على البائع دون الوكيل، كذلك استحقاق الشفيع.

وأما أبو حنيفة فاستدل على أن للشفيع أن يفسخ عقد المشتري: بأنه لما استحق إزالة ملكه عنه، استحق فسخ عقده فيه، لأن ثبوت العقد لاستيفاء الملك.

ودليلنا: هو أن الشفيع يملك الشقص عن المشتري، بدليل أنه لو تركه لكان مقراً

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

(٢) سورة النحل، الآية: ٩١.

على ملك المشتري، ولو حدث منه نماء، لكان للمشتري، فوجب أن تكون العهدة عليه كما كانت على البائع للمشتري.

وتحريره قياساً: أن انتقال الملك بالعوض يوجب تمليك المعوض، فوجب أخذه بالعهدة كالبائع. ولأن الرجوع بالثمن قد يستحق في الرد بالعيب، كما يستحق في الاستحقاق بالشفعة. فلما كان الرجوع به في الرد بالعيب مستحقاً على المشتري دون البائع، وجب أن يكون الرجوع به في الاستحقاق بالشفعة مستحقاً على المشتري دون البائع. وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أنه أحد نوعي ما يوجب الرجوع بالثمن، فوجب أن يستحقه الشفيع على المشتري دون البائع، قياساً على الرد بالعيب.

والثاني: أن من استحق عليه الثمن في الرد بالعيب، لم يستحق عليه الثمن في الاستحقاق بالعيب، قياساً على المشتري لو كان بائعاً.

فأما الجواب عن استدلال ابن أبي ليلى، بأن البائع أصل والمشتري فرع، فمنتقض بالمشتري لو باع على الشفيع. ثم نقول: إن المشتري، وإن كان فرعاً للبائع، فهو أصل للشفيع.

وأما الجواب عن استدلاله بالوكيل، فهو: امتناع الجمع بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الشفيع لما كان مخيراً بين أخذه من المشتري وبين تركه عليه، صار مالكاً عنه، لا عن البائع. ولما لم يكن للموكل خيار في أخذه من الوكيل وتركه عليه، صار مالكاً عن البائع دون الوكيل.

والوجه والثاني: أنه لما استحق الشفيع الرد بالعيب على المشتري دون البائع، صار مالكاً عنه، لا عن البائع. ولما استحق الموكل الرد بالعيب على البائع دون الوكيل صار مالكاً عنه لا عن الوكيل.

وأما الجواب عن استدلال أبي حنيفة، بأنه لما ملك إزالة ملكه، دفع عقده فمن وجهين:

أحدهما: أنه قد يملك إزالة ملكه بعد القبض، ولا يملك دفع عقده، فكذلك قبل القبض.

والثاني: أنه بالعقد ملك الشفعة، وفي رفعه إبطال الشفعة.

فصل: فأما قبض الشفيع الشقص من البائع قبل قبض المشتري له، أو من ينوب عنه، ففيه وجهان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: ليس له ذلك، لأنه يحل محل المشتري في الأخذ بالثمن، ولا يجوز شراء ما لم يقبض، فكذلك لا يجوز أخذ شفعة ما لم يقبض. فعلى هذا، يأخذ الحاكم المشتري بالقبض، فإذا صار بيده انتزعه الشفيع منه فإن كان المشتري غائباً، وكل الحاكم عنه من يقبض له، ثم حكم للشفيع بأخذه منه.

والوجه الثاني: وهو اختيار ابن سريج: أن للشفيع أخذه من البائع قبل قبض المشتري، لأن الشفيع يأخذه جبراً بحق، وإن كره المشتري، فجاز وإن كان قبل قبضه، كما يجوز الفسخ والإقالة قبل القبض، ويبرأ البائع من ضمانها بقبض الشفيع، لأنه يأخذها بحق توجه على المشتري. وبالوجه الأول، قال أبو إسحاق المروزي. والله أعلم بالصواب.

قال المزني رحمه الله: هذه مسائل أجبت فيها على معنى قول الشافعي رضي الله عنه.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا تَبَرَّأَ الْبَائِعُ مِنْ عُيُوبِ الشُّفْعَةِ ثُمَّ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ كَانَ لَهُ الرَّدُّ عَلَى الْمُشْتَرِي)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وقوله: «إذا تبرأ من عيوب الشفعة» يعني: من عيوب الشقص الذي فيه الشفعة، فعبر عنه بما يؤول إليه ويستحق فيه وأراد بالبراءة: ما يصح، على ما ذكرناه في البيوع.

وجملته أنه لا يخلو حال المشتري والشفيع في العيب الموجود في الشقص من أربعة أحوال:

إحداها: أن يكونا عالمين، فيعلم المشتري به عند العقد أو قبله بالوقوف عليه، أو البراءة إليه؛ ويعلم الشفيع به عند الأخذ. فليس لواحد منهما رد الأرش، وهو لازم لكل واحد منهما بعلمه.

والحال الثانية: أن يكونا جاهلين به، فالشفيع فيه بالخيار بين إمساكه ورده، فإن

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

أمسكه، فلا يقال للمشتري على البائع. وإن رده على المشتري دون البائع، فإذا صار إلى المشتري فهو بالخيار بين إمساكه ورده.

والحال الثالثة: أن يعلم به الشفيع ولا يعلم به المشتري، فلا رد للشفيع مع علمه به، وهو لازم له بأخذه، ولا شيء للمشتري على البائع. فإن عاد الشقص إلى المشتري بميراث أو هبة، هل يستحق رده على البائع بعينه أم لا؟ على وجهين ذكرناهما في البيوع.

والحال الرابعة: أن يعلم به المشتري دون الشفيع، وهي مسألة الكتاب. فالشفيع لعدم علمه بالخيار فيه بين: إمساكه، ورده.

فإن رده فهو لازم للمشتري لعلمه بعيبه، ولا رد له. فلو ادعى المشتري علم الشفيع بعيبه عند أخذه وأنكر الشفيع، فالقول قول الشفيع مع يمينه، وله الرد. فإن شهد البائع على الشفيع بعلمه بالعيب قبلت شهادته، إن كان قد برىء، كالمشتري مع عيبه لأنه لا يدفع بها عن نفسه، ولم تقبل إن لم يبرأ إليه من عيبه، لأنه يدفع بها عن نفسه.

فصل: فإذا ظهر المشتري على عيب في الشقص قبل أخذ الشفيع، فأمسك عن رده انتظاراً للشفيع، نظر: فإن كان الشفيع غائباً، لم يلزمه انتظاره، وبطل بالإمساك خياره. وإن كان حاضراً، لزمه انتظاره ولم يبطل بالإمساك خياره، لأن حضور الشفيع مع تعلق حقه بالشقص عذر في الإمساك، ولا يكون عذراً إن كان غائباً.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنِ اسْتُحِقَّتْ مِنَ الشَّفِيعِ رَجَعَ بِالثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَرَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا أن عهدة الشفيع على المشتري دون البائع. فإذا استحق الشقص من يد الشفيع، فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يستحق في يده بتصديقه من غير بينة تشهد به، فيلزمه تسليم الشقص بتصديقه، وليس له أن يرجع على المشتري بدركه، لأن قوله مقبول على نفسه، وغير مقبول على غيره.

والحال الثانية: أن يستحق من يده ببينة يكذبها، فينتزع من يده بالبينة وإن أكذبها،

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

ولا يرجع على المشتري بالدرك لتكذيبها، لما يتضمن تكذيبها من براءة المشتري وبعلم المستحق. والله أعلم.

والحال الثالثة: أن يستحق من يده ببينة لا يكذبها، فإذا انتزع من يده رجع بدركه على المشتري. فإن غاب المشتري وحضر البائع، فصالحه الحاكم بالثمن على المشتري، فصار ديناً عليه، ثم حكم به على البائع للمشتري وصار ديناً له، ثم قبضه من البائع للمشتري ودفعه عن المشتري إلى الشفيع.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرِيَ اشْتَرَاهَا بِدَنَانِيرَ بِأَعْيَانِهَا، ثُمَّ أَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِوَزْنِهَا، فَاسْتُحِقَّتِ الدَّنَانِيرُ الأَولَى، فَالشِّرَاءُ وَالشُّفْعَةُ بَاطِلٌ، لأَنَّ الدَّنَانِيرَ بِعَيْنِهَا تَقُومُ مَقَامَ الْعَرَضِ بِعَيْنِهِ فِي قَوْلِهِ. وَلَوْ اسْتُحِقَّتِ الدَّنَانِيرُ الثَّانِيَةُ، كَانَ عَلَى الشَّفِيعِ بَدَلُهَا)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا: أن الشفيع يأخذ الشقص بمثل الثمن، فإذا كان الثمن دنانير، أخذه بمثل تلك الدنانير في الصفة والقدر. فإن بذل عن الدنانير دراهم، لم يلزم المشتري قبولها. فإن تراضيا عليها، جاز وكان بيعاً مستجداً تبطل معه الشفعة. وإن امتنع ألا يأخذ إلا مثل دنانيره، فدفع إليه الشفيع مثلها، ثم استحقت دنانير المشتري في يد البائع، فلا يخلو: أن تكون معينة بالعقد، أو غير معينة.

فإن كانت معينة لتبايعهما عليها بأعيانها، بطل البيع باستحقاقها، كما يبطل باستحقاق ما تعين بالعقد من عروض وسلع.

وقال أبو حنيفة: لا يبطل البيع بناء على أصله، في أن الدراهم والدنانير لا يتعينان بالعقد، وإن عينا. وقد مضى الكلام معه في كتاب البيوع: أنهما يتعينان في العقود.

وإذا ثبت بطلان البيع بتعينهما بالعقد، بطلت الشفعة، واسترجع الشقص من يد الشفيع لأنه يملكها عن المشتري. فإذا بطل ملك المشتري، بطل ملك الشفيع.

وإن كانت الدنانير غير معينة، لم يبطل البيع باستحقاقها لها، لمساواة غيرها لها، وأخذ المشتري بمثلها، والشفيع على شفعته لصحة البيع الذي استحقها به.

فصل: ولو استحقت دنانير الشفيع من يد المشتري، فلا يخلو أن يكون قد عينها عند

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٠.

أخذ الشفعة، أو لم يعينها، فإن لم يعينها لم تبطل شفعته باستحقاقها فإن أحضر بدلها كان على شفعته وإن أعسر ببدلها بطلت شفعته بإعساره.

وإن كان قد عينها عند شفعته بأن قال: قد أخذت الشقص بهذه الدنانير، ففي تعيينها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وأبي علي بن أبي هريرة: إنها لا تتعين في الشفعة لأنه يملكها استحقاقاً. فعلى هذا، هو على شفعته إن أتى ببدلها، فإذا أعسر بالبدل بطلت شفعته.

والوجه الثاني: حكاه أبو حامد الإسفراييني: إنها تتعين في الشفعة لأنها ملحقة بعقد البيع لاستحقاق الثمن فيها، فعلى هذا قد صار بتعيينها مبطلاً لشفعته بغيرها.

مسالة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ حَطَّ الْبَائِعُ لِلْمُشْتَرِي بَعْدَ التَّفَرُّقِ فَهِيَ هِبَةٌ، وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَحُطَّ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل اشترى من رجل شقصاً بألف درهم، ثم إن البائع حط عن المشتري من الثمن مائة درهم، فقد اختلف الفقهاء في وضع الحط له عن الشفيع على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو قول ابن أبي ليلى: أن الحطيطة يختص بها المشتري ولا توضع عن الشفيع، ويأخذ الشقص بكل الألف، وسواء حط قبل التفرق أو بعده.

والمذهب الثاني: وهو قول أبي حنيفة: إن الحطيطة موضوعة عن الشفيع كوضعها عن المشتري، ويأخذ الشقص بالباقي من الثمن وهو تسعمائة، وسواء حط قبل التفرق أو بعده.

والمذهب الثالث: وهو ما قاله الشافعي رضي الله عنه: إن الحطيطة إن كانت قبل التفرق فهي موضوعة عن الشفيع، ويأخذ الشقص بالباقي من الثمن وهو تسعمائة. وإن كانت بعد التفرق، اختص بها بالمشتري، وأخذ الشفيع بكل الألف.

فأما ابن أبي ليلى، فاستدل بأن ما وجب بالعقد لم يلحق به ما حدث من بعد، كالحادث بعد التفرق.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢١.

واستدل أبو حنيفة بأن ما اختص بالعقد كان ملحقاً به كالحادث قبل الافتراق. والكلام مع أبي حنيفة أخص، لأن ابن أبي ليلى نبه على أصله في إبطال خيار المجلس.

والدلالة عليه: هو أن ما سقط من الثمن بالإبراء بعد التزام المبيع، لم يسقط في حق الشفيع، قياساً على الإبراء من الجميع. ولأن ما حصل بين متعاقدي المبيع من التبرع، لا يتعدى إلى الشفيع، كالتبرع بالزيادة في الثمن. ولأن كل عقد لا يلحقه الزيادة، لم يلحقه النقصان، قياساً على ما بعد القبض. ولأنه لو اشترى بالشقص ألف درهم وأعطاه بها ديناراً، وقيمة الألف مائة دينار، أخذه الشفيع بالألف كلها، كذلك في الإبراء من بعضها.

فأما الجواب عن جمعهما بين ما قبل التفرق وبعده، فهو: أن العقد يلزم بالتفرق وانقضاء الخيار، فلم يصح الجمع بين ما قبل اللزوم وبعده.

فصل: فإذا ثبت أن الحطيطة قبل التفرق راجعة إليهما بعد التفرق مختصة بالمشتري، فكذلك خيار الثلاث هي راجعة إليهما قبل انقضاء الثلاث، ومختصة بالمشتري بعد انقضاء الثلاث. وهكذا حكم الحطيطة في الإقالة وبيع المرابحة إن كانت قبل انقضاء الخيارين، فهي موضوعة من الثمن في حق الفريقين. وإن كانت بعد انقضاء الخيارين، فهي مختصة بالمشتري وحده. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا ادَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ اشْتَرَى شَقْصَاً لَهُ فِيهِ شُفْعَةٌ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ وَعَلَى الْمُنْكِرِ الْيَمِينَ فَإِنْ نَكَلَ وَحَلَفَ الشَّفِيعُ قُضِيَتْ لَهُ بِالشُّفْعَةِ)[1].

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة:

فذهب البغداديون: إلى أنها مصورة في شقص مشترك انتقل إلى ملك رجل، ثم اختلف مالكه والشفيع، فقال الشفيع: ملكته ببيع فلي شفعته، وقال المالك: ملكته بهبة أو ميراث، فلا شفعة لك فيه. فالقول فيه قول مالكه الذي هو في يده مع يمينه.

ولو أن من كان الشقص في ملكه صدق الشفيع على الابتياع، لم يقبل قوله، ولم تسمع شهادته عليه، لأنه شاهد على فعل نفسه، ومقر في ملك غيره.

وإذا كان القول قول المالك مع يمينه، نظر في جوابه للشفيع: فإن كان قد أجابه عند ادعاء الشفعة بأن لا شفعة لك فيه، كان جواباً مقنعاً، وأحلف بالله تعالى أنه لا يستحق فيه شفعة. وإن كان قد أجابه بأن قال: لم اشتره، ففي يمينه وجهان:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢١.

أحدهما: أنه يحلف بالله أنه لم يشتره، لتكون اليمين موافقة للجواب.

والوجه الثاني: أنه يحلف أنه لا يستحق فيها شفعة، لأنها المقصودة بالدعوى. فإن حلف برىء من الشفعة. وإن نكل ردت اليمين على الشفيع، وأحلف إن كان المالك قد أنكره الشفعة بالله تعالى أنه استحق الشفعة فيه بالشراء الذي ادعاه.

وإن كان المالك قد أنكره الشراء، أحلف الشفيع أنه لقد اشتراه، وهل يلزمه أن يقول في يمينه وأنه استحق الشفعة فيه أم لا؟ على وجهين

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إنه لا يلزمه، وإن أحلفه الحاكم عليه كان استحباباً، لأن هذا من حقوق المالك، فلما لم يطالبه به لم يلزمه.

والوجه الثاني: أنه لازم، لأن نقل الأملاك لا تجوز بالأمر المحتمل، وقد يجوز أن يكون قد عفا بعد الشراء، فإذا حلف على ما وصفنا حكم له بالشفعة. وفي الثمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يؤخذ منه ويدفع إلى المالك لئلا يؤخذ الشقص من يده بغير بدل.

فصل: وذهب البصريون إلى أن المسألة مصورة: في أن صاحب اليد في الشقص المشترك قال عند ادعاء الشفعة عليه: أنا وكيل الغائب فيه ولم أملكه عنه، فيكون القول قوله مع يمينه لأمرين. من بد وإنكار، فإن حلف برىء من الشفعة فيه، وإن نكل ردت اليمين على الشفيع، فإن حلف حكم له بالشفعة، ولا يكون ذلك حكماً على الغائب بنقل ملكه إلى الشفيع وإنما يكون رفعاً ليد الحاضر، ثم في الثمن وجهان:

أحدهما: يقبض من الشفيع ويوضع في بيت المال حتى يحضر الغائب؛ لئلا يتصرف فيه الشفيع بغير بدل.

والوجه الثاني: يقر في ذمة الشفيع إلى قدوم الغائب، ويمكن من التصرف في الشقص بما لا يؤدي إلى استهلاكه. وإن باعه لم يمنع من بيعه، لأن الغائب على حقه فيه مع بقاء عينه. وهل يؤخذ بكفيل فيما حصل له عليه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يؤخذ به حفظاً لحق الغائب.

والثاني: لا يؤخذ به، لأننا على غير يقين من استحقاقه. وما ذهب إليه البصريون أشبه بصورة المسألة لما ذكره المزني بعده.

مسالة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَامَ الشَّفِيعُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ فُلاَنٍ الْغَائِبِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَأَقَامَ ذَلِكَ الَّذِي فِي يَدَيْهِ الْبَيِّنَةَ أَنَّ فُلاَناً أَوْدَعَهُ إِيَّاهَا، قُضِيَتْ لَهُ بِالشُّفْعَةِ، وَلاَ يَمْنَعُ الشِّرَاءُ الْوَدِيعَةَ)[١].

قال الماوردي: وصورتها أن يقول لصاحب اليد على الشقص عند ادعاء الشفعة عليه: أنا وكيل لصاحبه، مستودع في حفظه. فيقيم الشفيع البينة عليه بالشراء، ويقيم صاحب اليد البينة بأنه وكيل المستودع، ولا تتعارض البينتان، ويحكم ببينة الشفيع لأنه لا يمتنع أن يكون وكيلاً مستودعاً ثم يصير مشترياً مالكاً. فإن أراد صاحب اليد أن يقيم البينة على أنه لم يشتر، لم يجز؛ لأنها بينة على نفي مجرد.

مسالة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ بَاعَا مِنْ رَجُلٍ شَقْصاً فَقَالَ الشَّفِيعُ: أَنَا آخُذُ مَا بَاعَ فُلاَنٌ وَأَدَعُ حِصَّةَ فُلاَنٍ، فَذَاكَ لَهُ فِي الْقِيَاسِ قَوْلُهُ. وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَى رَجُلاَنِ مِنْ رَجُلٍ شَقْصاً، كَانَ لِلشَّفِيعُ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّةَ أَيُّهُمَا شَاءَ)[٢].

قال الماوردي: وهما مسألتان:

إحداهما: متفق عليها.

والأخرى: مختلف فيها.

فأما المتفق عليها، فهي في شقص لرجل واحد باعه صفقة على رجلين، فللشفيع أن يأخذ الشقص كله منهما، وله أن يأخذ حصة أحدهما ويعفو عن الآخر، لأنهما عقدان.

وأما المختلف فيها فهي: في شقص لرجلين باعاه صفقة على رجل واحد بثمن واحد، فعند الشافعي: أن الشفيع بالخيار بين أن يأخذ من المشتري جميع الشقص، وبين أن يأخذ منه حصة أحد البائعين دون الآخر.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز للشفيع أن يفرق صفقة المشتري، وله أن يأخذ الكل أو يدعه، كما لو كان البائع واحداً.

وهذا خطأ، لأنه عقد اجتمع في أحد طرفيه عقدان، فوجب أن يكون في حكم العقدين، كما لو كان المشتري اثنين. ولأن اجتماع البائعين في عقد، كافتراقهما في

(١) مختصر المزني: ص ١٢١.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢١.

عقدين. ألا ترى أنه لو كان لكل واحد منهما عبد، فباعاهما في عقد واحد بثمن واحد، لم يجز للجهالة بثمن كل واحد منهما؛ ولو كان لرجل واحد جاز للعلم بثمنهما؟

فعلى هذا، لو كان الشقص لرجلين فباعاه معاً في عقد واحد على رجلين، فحكم هذا العقد حكم أربعة عقود، فيكون للشفيع أن يأخذ الشقص كله بالعقود الأربعة، وله أن يأخذ ثلاثة أرباعه بثلاثة عقود: نصفه من أحد المشترين بعقدين، وربعه من الآخر بعقد واحد. وله أن يأخذ النصف بعقدين من أحد المشترين، أو من المشترين. وله أن يأخذ الربع بعقد واحد من مشترٍ واحد.

وهكذا لو باع مالك الشقص بعضه على رجل في عقد، ثم باع باقيه في عقد، كان الشفيع مخيراً في أخذ كل الشقص بالعقدين، وفي أخذ إحدى الحصتين سواء كان المشتري واحداً أو اثنين.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ زَعَمَ الْمُشْتَرِيَ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَأَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِأَلْفٍ، ثُمَّ أَقَامَ الْبَائِعُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ بَاعَهُ إِيَّاهَا بِأَلْفَيْنِ، قُضِيَ لَهُ بِأَلْفَيْنِ عَلَى الْمُشْتَرِيَ، وَلاَ يَرْجِعُ عَلَى الشَّفِيعِ لأَنَّهُ مُقِرٌّ أَنَّهُ اسْتَوْفَى جَمِيعَ حَقِّهِ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل اشترى شقصاً وأخذه الشفيع من يده بألف، ذكر المشتري أنها قدر ثمنه، ثم إن البائع ادعى على المشتري أن الثمن ألفان، فلا يخلو حال البائع والمشتري من أربعة أحوال:

الحال الأولى: أن يصدقه المشتري على الألفين من غير أن تقوم له بينة، فيلزم المشتري بتصديقه دفع الألف الثانية إلى البائع، وليس له أن يرجع بها على الشفيع إن أكذبه؛ لأن إقراره مقبول على نفسه، ومردود على غيره. ثم إن كان المشتري قد عقد الشراء بنفسه، لم يكن له إحلاف الشفيع إذا أكذبه، لأنه قد أكذب بقوله الأول دعواه الثانية. وإن كان قد استناب فيه وكيلاً آخر بالثمن عن قوله، ففي إحلاف الشفيع وجهان:

أحدهما: يستحق إحلافه، لإمكان ما قاله.

والوجه الثاني: لا يستحق إحلافه، كما لو تولى عقده.

فصل: والحال الثانية: أن يكذب المشتري للبائع في ادعاء الألفين، ولا يكون للبائع بينة. فمذهب الشافعي: أنهما يتحالفان.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢١.

وقال أبو حنيفة: يكون القول قول المشتري مع يمينه، لأن الشقص لاستحقاقه بالشفعة يصير مستهلكاً. ومن مذهبه: أن استهلاك المبيع يجعل القول عند الاختلاف قول المشتري، وقد تقدم الكلام معه.

وإذا كان الواجب تحالفهما، لم يخل حال الشفيع من أن يكون مصدقاً للبائع، أو مكذباً له. فإن كان مصدقاً له جاز أن يشهد له على المشتري إن كان عدلاً، لأنه يستضر بها ولا ينتفع، وليس للمشتري أن يرجع بها على الشفيع إذا غرمها، لأنه لا يدعيها. وإن تعذر غرم المشتري لها بغيبة أو عسر، فهل يستحق البائع أخذها من الشفيع أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يستحق أخذها منه وإن صدقه عليها؛ لوجوبها على غيره، وإقرار الشفيع بها لغيره.

والوجه الثاني: يستحق أخذها منه، لأن عقد البيع منتقل إليه، وثمنه مستحق عليه.

وإن كان الشفيع مكذباً للبائع، تحالف البائع والمشتري، ولم تبطل الشفعة لتحالفهما، سواء قيل: إن العقد يبطل بالتحالف أو لا يبطل، لاستقرار الشقص على ملك الشفيع بالأخذ بخلاف ما مضى من تحالفهما قبل الأخذ. ثم هل يستحق البائع إحلاف الشفيع أم لا؟ على وجهين في وجوب غرمه إن صدق.

فصل: والحال الثالثة: أن يكذب المشتري ويقيم البائع البينة، فيحكم بها على المشتري دون الشفيع.

وقال أبو حنيفة: إن كان الشفيع قد أخذ الشقص من يد البائع، حكم بها على الشفيع دون المشتري. وإن كان قد أخذه من يد المشتري، حكم بها على المشتري دون الشفيع، بناء على أصله في عهدة المبيع، وقد مضى الكلام معه في أصله.

فإذا حكم بها على المشتري، لم يرجع المشتري بها على الشفيع لأنه مقر أنه مظلوم بها، وأن الشفيع بريء منها. وإن تعذر أخذها من المشتري، لم يجز أن تؤخذ من الشفيع إن كان مكذباً، لأن البينة بها قائمة على غيره. وهل يؤخذ منه إن كان مصدقاً؟ على ما مضى من الوجهين.

فصل: والحال الرابعة: أن يصدق المشتري ويقيم البائع البينة، فتؤخذ الزيادة من المشتري، ولا يرجع المشتري بها على الشفيع إن كان قد عاقد بنفسه.

وقال أبو حنيفة: رجع بها المشتري على الشفيع، لأنها بينة للبائع على المشتري، وبينة للمشتري على الشفيع.

وهذا خطأ، لأن إقراره أثبت من بينته، وقد أقر مبتدئاً باستيفاء حقه فصار مكذباً لبينته. وإذا كان كذلك، لم يرجع المشتري بها على الشفيع مع إنكاره إن كان عاقد بنفسه، وهل يرجع بها إن كان مستنيباً؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: يرجع بها، لأنه لم يتقدم منه تكذيب لبينته.

والوجه الثاني: لا يرجع بها، لأنه قد أقر باستيفاء حقه، وهذا قول أبي حامد المروزي، وهو الظاهر من قول المزني.

فصل: ولو ادعى على البائع رد الثمن على المشتري وهو غائب، جاز لجواز القضاء على الغائب أن يؤخذ الثمن من الشفيع للمشتري بعد إحلافه للمشتري بالله تعالى إنه لعلى حقه من الشفعة، ويدفع عن المشتري إلى البائع بعد إحلافه للمشتري بالله أن الثمن لباق عليه.

فإن قَدِمَ المشتري فأقام البينة على البائع بقبض الثمن، أو على الشفيع بالعفو عن الشفعة، حكم له بما توجبه بينته.

والوجه الثاني: أنه يوضع في بيت المال ما لم يدعه المالك ثمناً.

والوجه الثالث: أنه يقر في ذمة الشفيع ما لم يأت المالك مطالباً.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ عَبْداً فَأَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِقِيمَةِ العَبْدِ، ثُمَّ أَصَابَ البَائِعُ بِالْعَبْدِ عَيْباً، فَلَهُ رَدُّهُ وَيَرْجِعُ البَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِقِيمَةِ الشِّقْصِ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل اشترى شقصاً بعبد، فيستحق الشفيع أخذه بقيمة العبد، ثم يظهر البائع على عيب في العبد، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ظهور العيب بعد أخذ الشفيع الشقص بقيمة العبد، فهذا أيضاً على ضربين:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢١.

أحدهما أن يمكن رد العبد فيستحق البائع رده على المشتري، ثم قد فات بأخذ الشفيع استرجاع الشقص، كما لو باعه لم يستحق البائع استرجاعه من المشتري الثاني. وإذا فات الرد بما ذكرنا، رجع البائع بقيمة الشقص على المشتري في أقل ما كان قيمته من وقت عند البيع، أو قبض المشتري، وقد استوفى البائع حقه. وهل يستحق المشتري أخذ الشفيع بما غرمه من قيمة الشقص أم لا على وجهين:

أحدهما: ألا يستحق عليه إلا قيمة العبد الذي كان ثمناً وقد استوفاها، ويستحق الرجوع بما استحدث غرمه من قيمة الشقص.

والوجه الثاني: أنه يستحق عليه قيمة الشقص، لأن الشفيع يدخل مدخل المشتري، ويأخذه منه بما قام عليه. فعلى هذا، يتقاصان في قيمة الشقص بما أخذه المشتري من قيمة العبد. فإن كانت قيمة العبد أكثر، رجع الشفيع على المشتري بالفاضل من قيمة العبد. وإن كانت قيمة الشقص أكثر، رجع المشتري على الشفيع بالفاضل من قيمة الشقص. وإن كانتا سواء، فلا تراجع بينهما.

فصل: والضرب الثاني: أن يفوت رد العبد: إما لموته، أو لحدوث عيب به. فيستحق البائع بفوات رده الرجوع بأرش عيبه، فإذا رجع على المشتري به نظر في الشفيع: فإن كان قد أخذ الشقص بقيمة العبد سليماً من عيب فلا رجوع للمشتري عليه بشيء، وإن كان قد أخذه بقيمة العبد معيباً رجع عليه المشتري بأرش العيب وجهاً واحداً لأنه من تمام الثمن.

فصل: والضرب الثاني في الأصل: أن يكون ظهور البائع على العيب قبل أخذ الشفيع، ففي أحقهما بالشفعة وجهان من اختلاف الوجهين في الشقص إذا كان صداقاً، وتنازعه الشفيع والزوج المطلق قبل الدخول:

أحد الوجهين: أن البائع أحق إذا قيل: إن الزوج هناك أحق. فعلى هذا، تبطل الشفعة.

والوجه الثاني: أن الشفيع أحق إذا قيل: إنه بالصداق أحق. فعلى هذا، يرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص، ثم فيما يأخذه الشفيع به وجهان:

أحدهما: أنه يأخذه بقيمة العبد الذي كان ثمناً.

والوجه الثاني: أنه يأخذه بقيمة الشقص الذي صار معروفاً.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ اسْتُحِقَّ الْعَبْدُ بَطُلَتِ الشُّفْعَةُ وَرَجَعَ الْبَائِعُ فَأَخَذَ شَقْصَهُ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأن استحقاق الثمن يوجب إبطال البيع، وبطلان البيع يوجب بطلان الشفعة، وبطلان الشفعة يوجب استرجاع الشقص، فصار استحقاق الثمن مخالفاً لظهور العيب به الموجب لفسخه دون إبطاله.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ صَالَحَهُ مِنْ دَعْوَاهُ عَلَى شَقْصٍ لَمْ يَجُزْ فِي قَوْلِ الشَّافِعِيِّ، إِلَّا أَنْ يُقِرَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالدَّعْوَى فَيَجُوزُ، وَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ الشُّفْعَةِ بِمِثْلِ الْحَقِّ الَّذِي وَقَعَ بِهِ الصُّلْحُ إِنْ كَانَ لَهُ مِثْلٌ، أَوْ قِيمَتُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ)[2].

قال الماوردي: والصلح ضربان:

صلح: عن إنكار فهو باطل، ولا شفعة فيه.

وصلح: عن إقرار، فهو جائز والشفعة فيه واجبة وهو ضربان:

أحدهما: أن يدعي رجل شقصاً في يد رجل فيصالحه منه بعد إقراره به على ألف، أو عبد فيصير المدعى عليه مشترياً للشقص بالألف أو بالعبد، فللشفيع أن يأخذه من المدعى عليه بمثل الألف، أو بقيمة العبد.

والضرب الثاني: أن يدعي رجل على رجل ألفاً أو عبداً، فيصالحه منه بعد إقراره به على شقص، فيصير المدعي مشترياً للشقص بالألف أو بالعبد، فللشفيع أن يأخذه من المدعي بمثل الألف، أو بقيمة العبد. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَامَ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْ هَذِهِ الدَّارِ شِقْصاً، وَأَرَادَ أَخْذَ شِقْصِ صَاحِبِهِ بِشُفْعَتِهِ، فَإِنْ وُقِّتَتِ الْبَيِّنَةُ فَالَّذِي سَبَقَ بِالْوَقْتِ لَهُ الشُّفْعَةُ، وَإِنْ لَمْ تُوَقَّتْ بَطُلَتِ الشُّفْعَةُ، لأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَا اشْتَرَيَا مَعاً، وَحَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ عَلَى مَا ادَّعَاهُ)[3].

قال الماوردي: وصورتها: في رجلين اشتريا داراً في عقدين من رجل، أو من

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢١.
(٢) مختصر المزني: ص ١٢١.
(٣) مختصر المزني: ص ١٢١.

رجلين، ثم اختلفا فقال كل واحد منهما: أنا سبقتك بالعقد فلي الشفعة عليك، فلا يخلو حالهما من أحد أمرين:

إما أن يكون لهما بينة، أو لا يكون لهما بينة. فإن لم يكن لهما بينة، تحالفا على ما تداعياه، والمسبوق بالدعوى مقدم في اليمين، فيحلف بالله تعالى أنه لا يعلم أن صاحبه ملك قبله، فتكون يمينه على العلم لنفي ما ادعاه صاحبه من تقدم ملكه لأنه منكر، ويستحلف الثاني بمثل هذه اليمين التي حلف بها الأول لدعواه على الثاني مثل ما ادعاه الثاني عليه. وإذا كان كذلك فلا يخلو حال الأول في هذه اليمين الموضوعة لنفي الدعوى من أحد أمرين: إما أن يحلف بها، أو ينكل عنها.

فإن حلف بها فقد برىء ما ادعى عليه، وسقطت الشفعة فيما ملكه، ثم يستأنف إحلاف الثاني للأول بمثل هذه اليمين وتسقط الشفعتان، وإن نكل الأول عن اليمين، رد اليمين على المدعي السابق بالدعوى ليحلف على إثبات ما ادعاه قطعاً بالله لقد ملك قبل صاحبه. فإذا حلف حكم له بالشفعة، وتسقط دعوى الناكل لأن ملكه قد أُخِذَ بالشفعة، فلم يبق له بعد زوال ملكه حق في استحقاق الشفعة به.

ولو كان المقدم باليمين حلف ونكل بعده الثاني، ردت يمينه على الأول ليحلف بها إثباتاً لما ادعاه قطعاً بالله لقد ملك قبل صاحبه، ولا يكتفي باليمين الأولى، لأن الأولى لنفي ما ادعى عليه، والثانية لإثبات ما ادعاه. ولذلك كانت الأولى على العلم، و الثانية على البت. فهذا أحكم أيمانها عند عدم البينة.

فصل: وإذا كان لهما بينة، فلا يخلو حالهما من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون فيها بيان لإثبات الشفعة.

والثاني: أن يكون فيها بيان لإسقاط الشفعة.

والثالث: أن لا يكون فيها بيان لإثبات ولا لإسقاط الشفعة.

والرابع: أن يتعارض الإثبات والإسقاط.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون فيها بيان لإثبات الشفعة، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يقيم أحدهما البينة أنه اشترى في المحرم، ويقيم الآخر البينة أنه اشترى في صفر، فتكون الشفعة للأسبق منهما شراء لتقدم ملكه.

والضرب الثاني: أن يقيم أحدهما البينة أنه اشترى في المحرم، وأن صاحبه اشترى في صفر، فيحكم له بالشفعة، وإن انفرد بإقامة البينة لثبوتها بتقدم ملكه على ملك صاحبه.

والضرب الثالث: أن يقيم أحدهما البينة أنه اشترى قبل صاحبه من غير أن يشهد بوقت العقدين، فقد قال أبو علي بن أبي هريرة: لا يحكم بهذه البينة ما لم يعين وقت العقدين، لجواز الاشتباه.

وهذا خطأ منه؛ لأن تعيين الوقت لا يفيد أكثر من تعين أحد العقدين بأنه أسبق من الآخر، فإن أشهد بأن أحدهما أسبق من الآخر أجزأ. وإن لم يعين الزمان، فإنمّا يلزم تعيين ما يتعلق به الحكم إذا كان الاجتهاد فيه مدخل، كالذي يكون فيه الجرح و التعديل.

وأما القسم الثاني: وهو أن يكون فيها بيان لإسقاط الشفعة، فهو أن يقيم كل واحد منهما بينة أنه عقد الشراء في وقت مثل وقت صاحبه، مثل: أن تشهد بينة كل واحد منهما أنه اشترى مع زوال الشمس من غرة المحرم، فتدل البينتان على سقوط الشفعة في العقدين لوقوعهما معاً، وأنه ليس ثبوتها مع التساوي لأحدهما بأولى من ثبوتها عليه، فسقطتا لتعارضهما.

وأما القسم الثالث: وهو أن لا يكون فيها بيان الإثبات والإسقاط، فقد تكون من أحد ثلاثة أوجه:

أحدها: أن لا يكون في واحد من البيِّنتين تاريخ.

والثاني: أن تؤرخ إحداهما دون الأخرى.

والثالث: أن تؤرخ كل واحدة من البيِّنتين إلى وقت يمكن أن يتقدم فيه أحد العقدين على الآخر، ويمكن أن يقعا معاً مثل أن يقيم كل واحد منهما البينة أنه اشترى في غرة المحرم، فعرته يوم كامل تسع لتقدم أحد العقدين على الآخر، واحتمال أن يكون كل واحد منهما هو السابق، ويحتمل أن يقع العقدان في حال معاً. فلم يكن في البينتين في هذه الأحوال الثلاث بيان لإثبات الشفعة ولإسقاطها، فوجب أن تلغى البينتان لعدم البيان فيهما، ويرجعان إلى التداعي والتحالف على ما مضى.

وأما القسم الرابع: وهو أن تتعارض البينتان في الإثبات والإسقاط، فهو أن يقيم أحدهما البينة أنه اشترى في المحرم وأن صاحبه اشترى في صفر، ويقيم الآخر البينة أنه

اشترى في المحرم وأن صاحبه اشترى في صفر. أو يقيم أحدهما البينة أنه اشترى في أول يوم المحرم، وأن صاحبه اشترى في ثانيه، ويقيم الآخر البينة أنه اشترى في ثالث المحرم، وأن صاحبه اشترى في رابعه. فكل هذا تعارض، وإن اختلفا في الأزمنة، لأن كل واحدة من البينتين تشهد بتقدم أحد العقدين على الآخر، وكان في تعارضهما في هذا الموضع ثلاثة أقاويل:

أحدها: يسقطان، ويتراجعان إلى اليمين والتحالف.

والقول الثاني: يوقفان إلى أن يظهر فيهما بيان، ويمنعان من التحالف حتى يقع بيان.

والقول الثالث: الإقراع بين البينتين، فأيهما قرعت حكم بها، وفي إحلاف من قرعت بينته قولان:

أحدهما: يحلف إن قيل: إن القرعة دخلت ترجيحاً للدعوى.

والقول الثاني: لا يحلف، إن قيل: إن القرعة دخلت ترجيحاً للبينة.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَنَّ الْبَائِعَ قَالَ: بِعْتُ مِنْ فُلَانٍ شِقْصِي بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَأَنَّهُ قَبَضَ الشِّقْصَ، فَأَنْكَرَ ذَلِكَ فُلَانٌ وَادَّعَاهُ الشَّفِيعُ، فَإِنَّ الشَّفِيعَ يَدْفَعُ الْأَلْفَ إِلَى الْبَائِعِ، وَيَأْخُذُ الشِّقْصَ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل ادعى بيع شقصه على رجل، فأنكر المشتري الشراء وحضر الشفيع مصدقاً البائع، ومطالباً للشفعة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون البائع مدعياً بقاء الثمن على المشتري.

والضرب الثاني: أن يكون مقراً بقبضه.

فإن كان مع ادعاء البيع مدعياً بقاء الثمن، حكم عليه للشفيع بالشفعة لأنه مدع على المشتري ومقر للشفيع، فحكم عليه بإقراره. فإن ردت دعواه، ففي منعه من محاكمة المشتري وإحلافه على الإنكار وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: ليس له إحلافه، لأن قصده حصول الثمن، وقد حصل له. وسواء حصل له من مشتر أو شفيع، ولأنه لا يؤمن من أن أُحلف، أن يحكم بفسخ البيع، وفيه إبطال لحق الشفيع.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢١.

والوجه الثاني: له إحلافه لاستحقاق اليمين عليه بإنكاره، ولما فيه من البغية بوصول الملك إلى مستحقه، ولا يبطل بيمينه حق الشفيع. فإذا قضى للشفيع بالشفعة، لزمه دفع الثمن إلى البائع، ويكون عهدة الشفيع ها هنا على البائع دون المشتري، لأنه لما لم يلزمه الشراء مع إنكاره لم يلزمه عهدته.

فصل: وإن كان البائع مع ادعاء البيع مقراً بقبض الثمن من المشتري، ففي الشفعة وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن سريج وطائفة: إنها باطلة، لأن الشفعة لا تستحق إلا بيمين، وليس واحد من البائع والمشتري مستحقاً لقبض الثمن. أما البائع فلإقراره بقبضه، وأما المشتري فلإنكاره لاستحقاقه.

فعلى هذا، لا مخاصمة بين البائع والمشتري في الثمن، وللشفيع مخاصمة المشتري في الشفعة وإحلافه على إنكار الشراء، لما في إنكاره من إبطال الشفعة عليه.

والوجه الثاني: وهو قول كثير من أصحابنا: إن الشفعة واجبة، لأن البائع مقر باستحقاقها من يده، فيحكم بها للشفيع، وفي الثمن وجهان:

أحدهما: يوقف في ذمة الشفيع؛ لأن البائع لا يستحقه، والمشتري لا يدعيه.

والوجه الثاني: يقبض منه، لأنه لا يجوز أن يملك الشفعة من غير بدل. فعلى هذا، إذا قبض منه الثمن ففيه و جهان:

أحدهما: أن يكون موقوفاً للمشتري في بيت المال.

والوجه الثاني: يدفع إلى البائع، ويسترجع من البائع ما أقر بقبضه من المشتري، فيكون هو الموقوف للمشتري في بيت المال.

فصل: وإذا بيع شقص من دار فجاء الشريك فيها مدعياً، ملك المبيع منها، ولم يكن له بينة فحلف من هي في يده، ثم جاء يطلب الشفعة فلا شفعة له. لأنه وإن كان صادقاً في الدعوى، فهو على ملكه بغير شفعة، وإن كان كاذباً، فهو مقر ببطلان البيع. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا كَانَ لِلشِّقْصِ ثَلَاثَةُ شُفَعَاءَ، فَشَهِدَ

اثْنَانِ عَلَى تَسْلِيمِ الثَّالِثِ، فَإِنْ كَانَا سَلَّمَا جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا لأَنَّهُمَا لاَ يُجَرَّانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا، وَإِنْ لَمْ يَكُونَا سَلَّمَا لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُمَا، لأَنَّهُمَا يَجُرَّانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا مَا سَلَّمَهُ صَاحِبُهُمَا)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا وجبت الشفعة لثلاثة شفعاء، فادعى المشتري على أحد الثلاثة أنه عفا عن الشفعة نظر: فإن كان حضر الشفيعان الآخران مطالبين بالشفعة، فلا خصومة بين المشتري والشفيع العافي، وخصمه في العفو، وشريكاه في الشفعة، لأن المشتري لا يعلق له بعفوه حق لرجوعه على شريكه.

وإن غاب الشفيعان الآخران، أو عفوا، صار المشتري خصماً للعافي فإن عدم العافي بينة تشهد له بعفوه، جاز أن يحلفه. وإن كان له بينة سمعت وهي: شاهدان، أو شاهد ويمين، لأنها بينة تتعلق بمال.

فإن شهد على العافي شريكاه في الشفعة، نظر فيها: فإن كانا قد عفوا عن شفعتهما جازت شهادتهما لبراءتهما من تهمة، وسلامتهما من جر منفعة. وإن لم يكونا قد عفوا، ردت شهادتهما، لما فيها من اتهامهما بجر الزيادة إلى أنفسهما؛ لأن أحد الشركاء إذا عفا توفر حقه على من بقي. فلو عفا الشريكان في الشفعة بعد رد شهادتهما، لم يسمع بعد عفوهما، لأن الشهادة إذا ردت لتهمة لم تسمع بعد زوال التهمة.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوِ ادَّعَى الشَّفِيعُ عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَى الشِّقْصَ الَّذِي فِي يَدَيْهِ مِنْ صَاحِبِهِ الْغَائِبِ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ ثَمَنَهُ، وَأَقَامَ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ عَلَيْهِ، أَخَذَ بِشُفْعَتِهِ وَنَفَذَ الْحُكْمُ بِالْبَيْعِ عَلَى صَاحِبِهِ الْغَائِبِ. (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: هَذَا قَوْلُ الْكُوفِيِّينَ، وَهُوَ عِنْدِي تَرْكٌ لأَصْلِهِمْ فِي أَنَّهُ لاَ يُقْضَى عَلَى غَائِبٍ، وَهَذَا غَائِبٌ قُضِيَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ بَاعَ وَقَبَضَ الثَّمَنَ وَأَبْرَأَ مِنْهُ إِلَيْهِ الْمُشْتَرِيَ، وَبِذَلِكَ أَوْجَبُوا الشُّفْعَةَ لِلشَّفِيعِ)[٢].

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة، وإنما أعادها المزني ليتكلم بها على أهل العراق.

فإن غاب ملك الشقص تاركاً حقه في يد نائب عنه، فادعى الشفيع على الغائب الحاضر أنه اشترى حصة الغائب، وأنكر صاحب اليد الشراء، حلف ما لم تقم بينة عليه. فإن قامت عليه بينة به، حكم عليه بالشراء، وعلى الغائب بالبيع، وللشريك الشفعة، وهذا قول وافق أبو حنيفة، وأهل العراق مع إنكارهم القضاء على الغائب. فاعترض عليهم

(١) مختصر المزني: ص ١٢١.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢١.

المزني بأنهم تركوا أصولهم وناقضوا أقوالهم على غائب ينكرون القضاء عليه، فاختلف أصحابنا في صحة ما اعترض به المزني عليهم من مناقضة أصلهم:

فقالت طائفة: إن اعتراض المزني غير متوجه عليهم، وليس ذلك نقضاً لأصلهم، لأنهم لا يقضون على غائب ما لم يتصل بحاضر يتعلق عليه الحكم، وهذا قضاء على المشتري الحاضر، وعلى البائع الغائب، فنفذ القضاء عليه مع غيبته لنفوذه على المشتري بحضوره، مع أن أبا حنيفة يجعل المشتري وكيلاً للشفيع في تملك الشقص له من البائع، وهو يرى القضاء على وكيل الغائب.

وقالت طائفة أخرى منهم أبو الفياض: إن هذا نقض لأصلهم على ما ذكره المزني في الاعتراض عليهم، لأن دعوى الشفيع للمشتري عقد البيع كدعوى المشتري، ودعوى المشتري عندهم مردودة لأنها دعوى على غائب. فإذا ردوا دعوى المشتري، وامتنعوا من القضاء له بالشراء على الغائب، لزمهم أن يردوا دعوى الشفيع ويمنعوا من القضاء له على الغائب، وإن أجازوها للشفيع، لزم إجارتها للمشتري.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ اشْتَرَى شِقْصاً وَهُوَ شَفِيعٌ، فَجَاءَ شَفِيعٌ آخَرُ فَقَالَ لَهُ الْمُشْتَرِي: خُذْهَا كُلَّهَا بِالثَّمَنِ، أَوْ دَعْ. وَقَالَ هُوَ: بَلْ آخُذُ نِصْفَهَا، كَانَ ذَلِكَ لَهُ لِأَنَّهُ مِثْلُهُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُلْزِمَ شُفْعَتَهُ لِغَيْرِهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان للشقص شفيعان، فاشتراه أحدهما، وحضر الآخر مطالباً بالشفعة، فله أخذ نصف الشقص من شريكه المشتري في شفعته.

وقال أبو حنيفة: شفعة المشتري باطلة فيما اشتراه، ولا تثبت له شفعته على نفسه، ولشريكه أخذ جميع الشقص من يده، وليس له تبعيض الصفقة عليه بأخذ النصف منه.

وحكاه أبو حامد الإسفراييني عن أبي العباس بن سريج، ووجدت أبا العباس بن سريج قائلاً بخلافه، وموافقاً لأصحابه.

ودليل أبي حنيفة: أن عقد البيع يتم ببائع ومشترٍ، فلما لم تجب للبائع شفعة فيما باع، لم يجب للمشتري شفعة فيما اشترى.

وتحريره قياساً: أن أحد المتبايعين قد أسقط شفعته فيما ملك عقده بالبيع قال:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢١.

والإنسان لا يثبت له على نفسه حق، ألا ترى أن جناية السيد على عبده هدر لأنها مأخوذة منه، فلم يجز أن تثبت للمشتري شفعة على نفسه، وتثبت الشفعة عليه لغيره؟

ودليلنا: رواية أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شِرْكٍ رَبْعَةٍ أَوْ غَيْرِهِ لَا بِبَيْعِهِ حَتَّى يَعْرِضَ عَلَى شَرِيكِهِ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ، فَإِنْ بَاعَ فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يُؤْذِنَهُ»[1]. فجعل أخذ الشريك بالشراء صحيحاً.

ولو أبطل شفعته بالشراء لكان غروراً، ويخرج الأمر عن أن يكون مقيداً. ولأنه لما جاز للشريك أن يملك المبيع بالخلطة دون الشراء، فأولى أن يملكه بالخلطة والشراء لأنهما أقوى سبباً وأثبت تمليكاً. ولأن الشريك قد يملك بالشراء تارة، وبالشفعة أخرى، فلما كان لو ملك كل الشقص بالشفعة لم يكن لشريكه فيها إبطال حقه منها، وجب إذا ملك بالشراء أن لا يستحق الشريك إبطال حقه منها.

وتحريره قياساً: أن كل من ملك بالشفعة، لم يملك عليه الشفعة كما لو ملك بالشفعة.

فأما الجواب عن قياسه على البائع فهو: أن البائع تارك، والتارك لا شفعة له. والمشتري طالب، والطالب له الشفعة.

وأما الجواب عن قوله: إن الإنسان لا يثبت له حق على نفسه، فهو: أنه لم يملك بالشراء الشفعة على نفسه، وإنما أسقط بالشراء الشفعة عن نفسه، كما أنه لو ملك الولاء الذي عليه، أسقط الولاء عن نفسه ولم يملك به ولاية نفسه.

فصل: فإذا ثبت أن شريك المشتري في الشفعة لا يستحق إلا النصف بالشفعة، فله حالتان:

حالة: عفو.

وحالة: طلب.

---

(١) حديث جابر: أخرجه الشافعي في مسنده ٢/ ١٦٥ وأخرجه مسلم في المساقاة (١٦٠٨) (١٣٤) والنسائي ٧/ ٣٠١، وأبو داود (٣٥١٣) والدارمي ٢/ ٢٧٣ والبيهقي ٦/ ١٠٤ ـ ١٠٥ وأحمد ٣/ ٣١٦ وعبد الرزاق (١٤٤٠٣) والبغوي (٢١٧٠).

فإن عفا، استقر ملك الشقص كله للمشتري بالشراء وحده دون الشفعة. وإن طلب، نظر: فإن طلب الكل لم يملك إلا النصف، وإن طلب النصف وبذل له المشتري الكل لم يلزمه إلا أخذ النصف. كما لو أخذ أحد الشفيعين الكل بحضوره، ثم قدم الغائب فبذل له الحاضر الكل، لم يلزمه إلا أخذ النصف، وليس له أن يلزم شفعته غيره. ويخالف عفو أحد الشفيعين عن حقه في وجوب أخذ الباقي منهما للكل وتركه، لأن العافي لم يملك بشفعته ما يملكه غيره، والآخذ بشفعته قد ملك ما ملكه غيره.

فإن قيل: فهذا تفريق لصفقته قيل: إنما هو تفريق لها بالشفعة دون البيع، وليس ذلك بممتنع كالشفيعين.

فصل: وإذا كان للشقص ثلاثة شفعاء، فاشترى اثنان منهم، ثم غاب أحد المشتريَيْن وحضر الشفيع الذي لم يشتر فطالب الحاضر من المشتريين بالشفعة، فله أن يأخذ من النصف الذي اشتراه نصفه وهو الربع، لأنهما شفيعان حضرا من جملة ثلاثة غاب أحدهم. فإذا حضر الغائب من المشتريين، لم يخل حاله وحال المشتري الأول الذي كان حاضراً من أربعة أحوال:

أحدها: أن يعفو كل واحد منهما عن شفعة صاحبه، فيستحق الشفيع الذي لم يشتر بعد أخذه من الأول نصف ما اشتراه، وهو الربع. وأن يأخذ من المشتري الثاني نصف ما اشتراه أيضاً وهو الربع، فيصير معه نصف الشقص بالشفعتين، ويبقى لكل واحد من المشتريين الربع بالشراء وحده.

والحال الثانية: أن يطالب كل واحد من المشتريين الربع بالشراء لصاحبه بالشفعة، فيكون للمشتري الثاني أن يأخذ من المشتري الأول ثلث ما بيده من الربع الباقي، وهو نصف السدس؛ لأنه أخذ ثلثه، ويأخذ من الشفيع أيضاً ثلث ما بيده من الربع المأخوذ بالشفعة، وهو نصف السدس، لأنه أخذ ثلثه، ثم للمشتري الأول وللشفيع أن يأخذ كل واحد منهما من المشتري الثاني ثلث النصف بالشراء وهو السدس، وقد أخذ السدس بالشفعة فيصير معه الثلث، ويبقى مع المشتري الأول السدس بالشراء وقد أخذ السدس بالشفعة، فيصير معه الثلث، ويصير مع الشفيع الذي لم يشتر السدسان وهو الثلث بالشفعتين، فيصير الشقص بينهما أثلاثاً.

والحال الثالثة: أن يعفو الأول دون الثاني، فيكون للثاني أن يأخذ من الأول ثلث

الربع الباقي بيده وهو نصف السدس، ثم يأخذ الشفيع من الثاني نصف النصف الذي اشتراه وهو الربع، فيصير مع الشفيع سدس الربع مأخوذ بالشفعتين، ويصير مع المشتري الثاني ربع وسدس بالشراء والشفعة. فالربع مملوك بالشراء، والسدس مأخوذ بالشفعة، ويبقى مع المشتري الأول السدس بالشراء وحده.

والحال الرابعة: أن يعفو الثاني دون الأول، فيكون للأول أن يأخذ من الثاني ثلث النصف الذي اشتراه وهو السدس، ويأخذ الشفيع مثل ذلك، فيبقى مع المشتري الثاني السدس بالشراء وحده، ويصير مع المشتري الأول ربع وسدس بالشراء والشفعة. فالربع مملوك بالشراء، والسدس مأخوذ بالشفعة، ويصير مع الشفيع ربع وسدس بالشفعتين.

فلو عفا الثاني عن الأول، وعفا الشفيع عن الثاني، أخذ الأول من الثاني الربع بالشراء وحده، ويصير مع الأول النصف بالشراء والشفعة على السواء، ويصير مع الشفيع الربع وحده بالشفعة الأولى.

مسألة: **قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ شَجَّهُ مُوَضِّحَةً عَمْدًا، فَصَالَحَهُ مِنْهَا عَلَى شَقْصٍ وَهُمَا يَعْلَمَانِ أَرْشَ الْمُوَضِّحَةِ، كَانَ لِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِالأَرْشِ)**[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا شج رجل رجلاً موضحة، فصالحه منها على شقص من دار، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يجب فيها قوداً، إما لأنها خطأ محض، وإما لأنها خطأ شبه العمد، وإما لأنها عمد ممن لا يجري عليه قوداً، كالوالد على ولده، والحر على عبده.

فالواجب في الموضحة في هذه الأحوال كلها الدية، ولا يخلو حالهما من: أن يعلما قدر الدية، أو يجهلاه.

فإن جهلاه، كان الصلح باطلاً لأن جهالة البدل تقتضي فساد العقد، ولا شفعة مع بطلان الصلح.

وإن علماه، نظر: فإن قدرت ورقاً أو ذهباً نظر: فإن جهلا تخفيفها في الخطأ أو تغليظهما في شبه العمد، بطل الصلح والشفعة. وإن علما تخفيفها في الخطأ بالاقتصار على ديتها وهو ستمائة درهم لا يزاد عليها، وخمسون ديناراً من الذهب لايزاد عليها، أو علما

(١) مختصر المزني: ص ١٢١.

تغليظها في شبه العمد بزيادة الثلث في الورق والذهب صح الصلح، ووجبت الشفعة في الشقص المأخوذ بدية الموضحة من الدراهم إن قدرت بها تخفيفاً أو تغليظاً، أو من الدنانير إن قدرت بها تخفيفاً أو تغليظاً.

وإن كانت الدية إبلا وهي خمس من الإبل، أخماس في تخفيف الخطأ، أو أثلاث في تغليظ شبه العمد نظر: فإن جهلا قدرها، أو علما القدر وجهلا وصفها، أو علما القدر والصفة وجهلا جنسها، لأنها مستحقة من جنس إبل الجاني وعاقلته، فالصلح والشفعة باطلان.

وإن علما القدر والصفة والجنس، ففي صحة الصلح وجهان:

أحدهما: أن الصلح باطل ولا شفعة فيه، لأنها غير موصوفة الألوان، ولا مضبوطة في السمن والهزال، فلم يجز أن يكونا بدلا في العقد.

والوجه الثاني: أن الصلح جائز والشفعة فيه واجبة، لثبوتها في الذمة على صفة يستحق بها. ويأخذه الشفيع بقيمتها في أقل أوصافها التي توجب قبولها، فلا يقوم سمانها وخيارها، لأن الجاني لا يجبر على قبولها ولا يقوم مهازيلها ومعيبها، لأن المجنى عليه لا يجبر على قبولها.

والضرب الثاني في الأصل: أن تكون الموضحة موجبة للقود في العمد المحض، فيصالحه من القود على شقص.

فإن قيل: إن جناية العمد توجب أحد أمرين: من قود، أو عقل، فالكلام فيه على ما مضى من علمها بقدر الدية أو جهلهما به...

وإن قيل: إن جناية العمد توجب القود وحده، صح الصلح منه على الشقص المأخوذ عنه، مع العلم بقدر الدية والجهل به، لأنه مأخوذ عن القود المصالح الذي يصح أخذ البدل عنه. ثم للشفيع حينئذ أن يأخذه ببدل القود من الدية، فإن اختلفا في جنس الدية عينه الحاكم باجتهاده في أخذ أجناسها مغلظة في العمد.

فصل: فأما إذا حضر رجل مغنماً فأعطاه الإمام لحضوره شقصاً من دار، وطالبه الشفيع بالشفعة، لم يخل حاضر المغنم: من أن يكون قد أخذه برضخ، أو سهم.

فإن كان قد أخذه رضخاً فلا شفعة فيه، لأن الرضخ بحضوره تبرع كالهبات. وإن أخذه بسهم مستحق، ففي ثبوت الشفعة فيه وجهان:

أحدهما: لا شفعة فيه، لأن الغنائم مستفادة بغير بدل، فأشبهت إحياء الموات.

والوجه الثاني: أن الشفعة فيه ثابتة، لأنه قد اعتاضه عن حضور وعمل، فأشبه العوض في الإجارات. فعلى هذا، يأخذه الشفيع بقدر سهمه من المغنم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوِ اشْتَرَى ذِمِّيٌّ مِنْ ذِمِّيٍّ شِقْصًا بِخَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ وَتَقَابَضَا، ثُمَّ قَامَ الشَّفِيعُ وَكَانَ نَصْرَانِيًّا أَوْ نَصْرَانِيَّةً فَأَسْلَمَ وَلَمْ يَزَلْ مُسْلِماً فَسَوَاءٌ، لاَ شُفْعَةَ لَهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ، لِأَنَّ الْخَمْرَ وَالْخِنْزِيرَ لاَ قِيمَةَ لَهُمَا عِنْدَهُ بِحَالٍ)[1].

قال الماوردي: إذا تبايع الذميان شقصاً بخمر أو خنزير وتقابضا، فلا شفعة فيه لمسلم ولا ذمي.

وقال أبو حنيفة: الشفعة واجبة للمسلم بقيمة الخمر، والذمي مثله، بناء على أصله في أن للخمر ثمناً في حق الذمي، وغرماً في استهلاكه عليه بالغصب.

ودليلنا: ما قدمناه من الكلام عليه في كتاب الغصب من تحريم ثمنه وسقوط غرمه في حق الذمي والمسلم على السواء.

ولأن كل بيع لو عقده مسلم سقطت فيه الشفعة، وجب إذا عقده ذمي أن يسقط فيه الشفعة. فكما لو عقده بميتة، أو دم، ولأن كل من سقطت الشفعة في عقده بالميتة والدم، سقطت الشفعة في عقده بالخمر والخنزير كالمسلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالمُسْلِمُ والذِّمِّيُّ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ)[2].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لا خلاف بين الفقهاء أن الشفعة تجب للمسلم على الذمي كوجوبها له على المسلم، وتجب للذمي على الذمي كوجوبها على المسلم، واختلفوا في وجوبها للذمي على المسلم.

فذهب الشافعي وأبو حنيفة ومالك وجمهور الفقهاء: إلى وجوب الشفعة للذمي على المسلم كوجوبها للمسلم على المسلم.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢١.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢١.

وحكي عن الحسن البصري، وعامر الشعبي، وعثمان البتي والحارث العكلي أنهم قالوا: لا شفعة للذمي على المسلم، وبه قال أحمد بن حنبل استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[(١)].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا شُفْعَةَ لِلذِّمِّيِّ عَلَى الْمُسْلِمِ»[(٢)] ولأنه لما امتنعت دار الإسلام من إحياء الذمي للموات، فأولى أن يمنع الإسلام من شفعة الذمي في الأملاك.

ودليلنا: عموم قوله ﷺ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ» ولأن ما جاز أن يملك به المسلم من المعاوضات، جاز أن يملك به الذمي كالبياعات. ولأن من ملك بالبيع، ملك بالشفعة كالمسلم. ولأن الحقوق الموضوعة لدفع الضرر في العقود، يستوي فيها المسلم والذمي، كالرد بالعيب. ولأن ما تعلق بالشرك من إزالة الملك، استوى فيه المسلم والذمي، قياساً على عتق الذمي شركاً له في عبد.

فأما الجواب عن قوله: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[(٣)] فهو: أن هذا السبيل على مال المسلم لا على المسلم.

وأما الجواب عن روايتهم في أنه لا شفعة لذمي على مسلم مع وهانه، فهو: أنه يحمل عليه إذا قال بعد إمساكه عن الطلب: لم أعلم بها لكم شرعاً، وليست في ديننا شرعاً، فلا شفعة له. ويحتمل أن لا يشفع في الأمان.

وأما قياسهم على إحياء الموات فالمعنى فيه: أنه تفويت منفعة على المسلمين بغير بدل فمنع، والشفعة مأخوذة ببدل ممكن. والله أعلم.

فصل: حكي عن الشعبي أنه قال: لا شفعة لبدوي على حضري. وحكي عن النخعي أنه قال: لا شفعة لغائب على حاضر. وفيما مضى دليل مقنع.

وقال أبو حنيفة: لا شفعة في دور مكة بناء على أصله في تحريم بيعها. وعند الشافعي: يجوز بيعها، وتستحق شفعتها، ودليل بيعها ماض في كتاب البيوع والشفعة بناء عليه، والله أعلم.

---

(١) سورة النساء، الآية: ١٤١.

(٢) أخرجه البيهقي ٦/١٠٨ وقال: قال ابن عدي: أحاديث نائل مظلمة جداً. وخاصة إذا روى عن الثوري. ورواه عن الحسن البصري موقوفاً عليه وهو الصواب.

(٣) سورة النساء، الآية: ١٤١.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ شُفْعَةَ فِي عَبْدٍ وَلاَ دَابَّةٍ وَلاَ مَا لاَ يَصْلُحُ فِيهِ القَسْمُ، هَذَا كُلُّهُ قِيَاسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ وَمَعْنَاهُ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لا شفعة في منقول من حيوان، أو عروض.

وحكي عن عطاء: أن الشفعة في كل مشترك من حيوان وغيره، استدلالاً برواية ابن مليكة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قَالَ: «**الشَّرِيكُ شَفِيعٌ وَالشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيءٍ**»[٢] وبما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**فِي الْعَبْدِ الشُّفْعَةُ**» ولأنها شركة يدخل بها مضرة، فوجب الشفعة فيها كالأرضين.

وهذا خطأ لقوله ﷺ: «**الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلاَ شُفْعَةَ**»[٣]. فأثبتها في المشاع الذي تثبت فيه الحدود، وتصرف عنه الطرق بالقسمة، وهذا لا يكون إلا في الأرض والعقار، فدل على انتفائها عما سوى الأرض والعقار.

وروى ابن جريج عن ابن الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «**لاَ شُفْعَةَ إلاَّ فِي رَبْعَةٍ أَوْ حَائِطٍ**»[٤] فأثبت جنس الشفعة في الربع والحائط، ونفاها عما سوى الربع والحائط.

ولأن ثبوت الشفعة إما أن يكون للخوف من مؤونة القسم، والحيوان مما لا يقسم. أو يكون لدفع الضرر المستدام لسوء المشاركة، وهذا ضرر لا يستديم، وفيه انفصال.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢١.

(٢) حديث ابن عباس: أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٧١) وقال: هذا حديث لا نعرفه مثل هذا إلا من حديث أبي حمزة السكوني، وقد روى غير واحد عن عبد العزيز بن أبي رُفيع، عن ابن أبي مليكة، عن النبي ﷺ مرسلاً وهذا أصح. وقال: حدثنا هنّاد، ثنا أبو بكر بن عياش، عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ نحوه بمعناه، وليس فيه: عن ابن عباس، وهذا أصحّ من حديث أبي حمزة. وأبو حمزة ثقة، يمكن أن يكون الخطأ من غير أبي حمزة. وحدّثنا هناد، ثنا أبو الأحوص، عن عبد العزيز بن رُفيع، عن ابن أبي مليكة، عن النبي ﷺ، نحو حديث أبي بكر بن عياش. وقال أكثر أهل العلم: إنما تكون الشفعة في الدور والأرضين، ولم يروا الشفعة في كل شيء وراجع: أحمد ٣/٣٥٧ والبيهقي ٦/١٠٩ ـ ١١٠.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

فأما خبر ابن أبي مليكة فموقوف على ابن عباس مع انقطاع في إسناده، لأن ابن أبي مليكة قيل: إنه لم يلق ابن عباس، على أنه يحمل قوله الشفعة في كل شيء من العقار.

فأما الجواب عن روايتهم في العبد شفعة، فهو: أنه محمول على الشفعة في العبد إذا كان ثمناً في أرض أو عقار، ولا يكون ابتياع ذلك بالعبد مانعاً من ثبوت الشفعة فيه. والله أعلم بالصواب.

مُخْتَصَرُ الْقِرَاضِ[1]

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَرُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ صَيَّرَ رِبْحَ ابْنَيْهِ فِي الْمَالِ الَّذِي تَسَلَّفَا بِالْعِرَاقِ، فَرَبِحَا فِيهِ بِالْمَدِينَةِ، فَجَعَلَهُ قِرَاضاً عِنْدَمَا قَالَ لَهُ رَجُلٌ مِنْ أَصْحَابِهِ لَوْ جَعَلْتَهُ قِرَاضاً فَفَعَلَ، وَأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ دَفَعَ مَالاً قِرَاضاً فِي النِّصْفِ)[2].

قال الماوردي: إعلمْ أن القراض والمضاربة اسمان لمسمى واحد. فالقراض: لغة أهل الحجاز، والمضاربة: لغة أهل العراق. وفي تسميته قراضاً تأويلان:

أحدهما: وهو تأويل البصريين: أنه سمي بذلك لأن رب المال قد قطعه من ماله،

---

(١) في المختصر: «مختصر القراض املاءً، وما دخل في ذلك من كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» القراض: قال النووي في الروضة: ٤/١٩٧: «القراض والمقارضة والمضاربة، بمعنى، وهو أن يدفع مالاً لشخص ليتجر فيه والربح بينهما، ودليل صحته: إجماع الصحابة رضي الله عنهم: والقراض: بكسر القاف مشتق من القرض، ومعناه: القطع، أمّا المضاربة، فلغة أهل العراق، كما أن القرض لغة أهل الحجاز.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢١ ـ ١٢٢. والأثر أخرجه الشافعي عن مالك، عن زيد بن أسلم عن أبيه قال: خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلما قفلا، مرّا على أبي موسى الأشعري فرحّب بهما وسهّل وهو أمير البصرة، فقال: لو أقدر لكما على أمرٍ أنفعكما به، ثم قال: بلى، ههنا مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكماه، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، فتبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما الربح، فقالا: وددنا، ففعلا، فكتب إلى عمر رضي الله عنه يأخذ منهما المال. فلما قدما المدينة باعا وربحا، فلمّا رفعا ذلك إلى عمر رضي الله عنه قال: أكُلُّ الجيش أسلفه كما أسلفكما؟ قالا: لا، قال عمر: ابنا أمير المؤمنين، أدّيا المال وربحه. أمّا عبد الله فسلم، وأمّا عبيد الله فقال: لا ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو هلك المال أو نقص لضمنّاه، قال: أدّياه، فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً، فقال: قد جعلته قراضاً، فأخذ عمر المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال. . .» إلا أن الشافعي قال في روايته «فلمّا قفلا، مرّا على عاملٍ لعمر» أخرجه مالك ٢/ ٦٨٧ والبيهقي ٦/ ١١٠ ـ ١١١.

والقطع يسمى قراضاً، ولذلك سمي سلف المال قرضاً، ومنه سمي المقرض مقراضاً لأنه يقطع، وقيل: قرض الفار، لأنه قطع.

والتأويل الثاني: وهو تأويل البغداديين: أنه سمي قراضاً لأن لكل واحد منهما صنعاً كصنع صاحبه في بذل المال من أحدهما، ووجود العمل من الآخر، مأخوذ من قولهم: قد تقارض الشاعران إذا تناشدا.

وأما المضاربة ففي تسميتها بذلك تأويلان:

أحدهما: أنها سميت بذلك لأن كل واحد منهما يضرب في الربح بسهم.

والثاني: أنها سميت بذلك لأن العامل يتصرف فيها برأيه واجتهاده، مأخوذ من قولهم: فلان يصرف الأمور ظهراً لبطن. ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾[1] أي: تفرقتم فيها بالسفر، وهذا تأويل تفرد به بعض البصريين، ويشارك في الأول البغداديون وباقي البصريين.

فصل: والأصل في إحلال القراض وإباحته عموم قول الله عز وجل: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾[2] وفي القراض ابتغاء فضل، وطلب نماء.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ»[3] وفي القراض رزق بعضهم من بعض.

وروي عن النبي ﷺ أَنَّهُ ضَارَبَ لِخَدِيجَةَ بِأَمْوَالِهَا إِلَى الشَّامِ، وَأَنْفَذَتْ مَعَهُ خَدِيجَةُ عَبْدَاً لَهَا يُقَالُ لَهُ مَيْسَرَةُ.

وروى أبو الجارود عن حبيب بن يسار عن ابن عباس رضي الله عنه قال: كَانَ الْعَبَّاسُ إِذَا دَفَعَ مَالاً مُضَارَبَةً اشْتَرَطَ عَلَى صَاحِبِهِ أَنْ لاَ يَسْلُكَ بِهِ بَحْرَاً، وَلاَ يَنْزِلَ بِهِ وَادِياً، وَلاَ يَشْتَرِيَ بِهِ ذَاتَ كَبِدٍ رَطْبَةٍ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ فَهُوَ ضَامِنٌ، فَرَفَعَ شَرْطَهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَأَجَازَهُ[4].

وروى مالك بن أنس، عن زيد بن أسلم، عن أبيه: أن عبدالله وعبيد الله ابني

(١) سورة النساء، الاية: ١٠١.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٩٨.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) حديث ابن عباس: أخرجه البيهقي ٦/ ١١١ وقال: تفرّد به أبو الجارود زياد بن المنذر، وهو كوفي ضعيف، كذّبه يحيى بن معين، وضعّفه الباقون.

عمر بن الخطاب رضي الله عنهم قدما في جيش العراق وقد تسلفا من أبي موسى الأشعري مالاً اشتريا به متاعاً، فربحا فيه بالمدينة ربحاً كثيراً فقال لهما عمر: أَكُلَّ الْجَيْشِ تَسَلَّفَ مِثْلَ هَذَا؟ فَقَالاَ: لاَ، فَقَالَ عُمَرُ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَأَنِّي بِكُمَا وَقَدْ قَالَ أَبُو موسَى: إِنَّكُمَا ابْنَا أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ فَأَسْلَفَكُمَا بِمَالِ الْمُسْلِمِينَ، رُدَّا الْمَالَ وَالرِّبْحَ، فقال عبيد الله: أَرَأَيْتَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ لَوْ تَلَفَ الْمَالُ أَكُنَّا نَضْمَنُهُ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ فَرِبْحُهُ لَنَا إِذَنْ، فتوقف عمر، فقال له بعض جلسائه: لَوْ جَعَلْتَهُ قِرَاضاً يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ يَعني: في مشاطرتهما على الربح كمشاطرته في القراض فَفَعَل[1]. وعلى هذا الأثر اعتمد الشافعي لاشتهاره وانعقاد الإجماع له.

ووجه الاستدلال منه مختلف بين أصحابنا فيه على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن وجه الاستدلال به قول الجليس: لو جعلته قراضاً، وإقرار عمر له على صحة هذا القول، فكانا معاً دليلين على صحة القراض. ولو علم عمر فساده لرد قوله، فلم يكن ما فعله معهما قراضاً لا صحيحاً ولا فاسداً، ولكن استطابا طهارة أنفسهما بما أخذه من ربحهما لاسترابته بالحال واتهامه أبا موسى بالميل لأنهما ابنا أمير المؤمنين، الأمر الذي ينفر منه الإمام العادل وتأباه طبيعة الإسلام.

والوجه الثاني: أن عمر أجرى عليه في الربح حكم القراض الفاسد، لأنهما عملا على أن يكون الربح لهما، ولم يكن قد تقدم في المال عقد يصح حملهما عليه، فأخذ منهما جميع الربح وعاوضهما على العمل بأجرة المثل، وقدره بنصف الربح، فرده عليهما أجرة، وهذا اختيار أبي إسحاق المروزي.

والوجه الثالث: أن عمر رضي الله عنه أجرى عليهما في الربح حكم القراض الصحيح، وإن لم يتقدم معهما عقد لأنه كان من الأمور العامة، فاتسع حكمه عن العقود الخاصة. فلما رأى المال لغيرهما، والعمل منهما، ولم يرهما متعديين فيه، جعل ذلك عقد قراض صحيح، وهذا ذكره أبو علي بن أبي هريرة. فعلى هذا الوجه يكون القول والفعل معاً دليلاً مع ما رواه الشافعي عن عمر رضي الله عنه: أنه دفع مالاً قراضاً على النصف.

وروى العلاء بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن جده، أَنَّ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ دَفَعَ إِلَيْهِ مَالاً قِرَاضًا عَلَى النِّصْفِ[2].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه البيهقي ٦/ ١١١.

ثم دليل جوازه من طريق المعنى: أنه لما جاءت السنة بالمساقاة وهي عمل في محل يستوجب به شطر ثمرها، اقتضى جواز القراض بالمال ليعمل فيه به ببعض ربحه، فكانت السنة في المساقاة دليلاً على جواز القراض، وكان الإجماع على صحة القراض دليلاً على جواز المساقاة؛ ولأن فيهما رفقاً بين عجز عن التصرف من أرباب الأموال، ومعونة لمن عدم المال من ذوي الأعمال، لما يعود على الفريقين من نفعهما ويشتركان فيه من ربحهما.

فصل: فإذا ثبت جواز القرض فهو عقد معونة وإرفاق، يجوز بين المتعاقدين ما أقاما عليه مختارين، وليس بلازم لهما، ويجوز فسخه لمن شاء منهما.

وصحة عقده معتبرة بثلاثة شروط:

أحدها: اختصاص أحدهما بالمال.

والثاني: انفراد الآخر بالعمل.

والثالث: العلم بنصيب كل واحد منهما من الربح. وقد يتفرع عن كل شرط من هذه الشروط فروع نستوفيها في موضعها.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا يَجُوزُ الْقِرَاضُ إِلاَّ فِي الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ الَّتِي هِيَ أَثْمَانٌ لِلأَشْيَاءِ وَقِيَمِهَا)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. لا يصح القراض إلا بالدراهم والدنانير، دون العروض والسلع، وبه قال جمهور الفقهاء.

وحكي عن طاووس والأوزاعي، وابن أبي ليلى: جواز القراض بالعروض لأنها مال كالدراهم والدنانير، ولأن كل عقد صح بالدراهم والدنانير صح بالعروض كالبيع.

وهذا خطأ، لأن القراض مشروط برد رأس المال واقتسام الربح، وعقده بالعروض يمنع من هذين الشرطين.

أما رد رأس المال، فلأن في العروض ما لا مثل لها، فلم يمكن ردها. وأما الربح، فقد يفضي إلى اختصاص أحدهما به دون الآخر، لأنه إن زاد خيَّره العامل بالربح، فاختص به رب المال. وإن نقص، أخذ العامل شطر فاضله من غير عمل. وهذه أمور يمنع القراض

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢.

منها، فوجب أن يمنع مما أدى إليها. ولأن ما نافى موجب القراض، منع من أن ينعقد عليه القراض كالمنافع.

فأما الجواب عن قياسهم على الدراهم والدنانير، فهو: أنها لا تمنع موجب القراض.

وأما قياسهم على البيع فالمعنى منه: أنه لا يلزم فيه رد مثل، ولا قسمة ربح، فجاز بكلِّ مال.

فصل: فإذا ثبت أن القراض لا يصح إلا بالدراهم والدنانير، فلا يصح إلا بما كان منها مضروباً لا غش فيه. فإن قارض بالنقار والسبائك لم يجز، وبه قال أبو حنيفة. وإن قارض بالورق المغشوش، لم يجز.

وقال أبو حنيفة: يجوز إذا كان أكثرها فضة، اعتباراً بحكم الأغلب.

وهذا خطأ، لأن غش الفضة بالنحاس لو تميز عنها لم يجز به القراض، فإذا خالطها لم يجز به القراض كالحرام، ولأن ما لم تخلص فضته لم تجز مفاوضته كالكثير الغش.

فصل: فإذا ثبت أن القراض لا يجوز إلا بضروب الدراهم والدنانير الخالصة من غش، فمن شرطهما أن تكون معلومة القدر والصفة عند عقد القراض بها. فإن تقارضا على مال لا يعلمان قدره، كان القراض باطلاً للجهل بما تعاقدا عليه. وإن علما قدره وجهلا صفته، بطل القراض لأن الجهل بالصفة كالجهل بالقدر في بطلان العقد.

فلو عقد القراض على ألف من أنواع شتى، فإن علما كل نوع منها صح العقد، وإن جهلاه بطل. فلو دفع إليه ألف درهم وألف دينار على أن يقارض بأي الألفين شاء ويستودع الأخرى، لم يجز للجهل بالقراض، هل عقد بألف درهم، أو بألف دينار؟

فلو دفع إليه كيسين في كل واحد منها ألف درهم، على أن تكون إحدى الألف قراضاً، والأخرى وديعة، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز، ويكون قراضاً صحيحاً لأنه معقود على ألف درهم معلومة لتساوي الألفين.

والوجه الثاني: لا يجوز للجهل بمال القراض من مال الوديعة.

ولكن لو دفع إليه ألفاً وألفاً على أن له من ربح أحد الألفين النصف، ومن ربح الآخر

الثلث، فإن عين الألف التي شرط له نصف ربحها من الألف التي شرط له ثلث ربحها جاز وكانا عقدين، وإن لم يعين لم يجز للجهل بمال كل واحد من العقدين.

فصل: ولا يجوز إذا كان مال القراض دراهم أن يشتري بدنانير، ولا إذا كان دنانير أن يشتري بدراهم، لأن الشراء بغير مال القراض خارج عن القراض، ويكون الشراء للعامل. ولكن يجوز له إذا كان المال دراهم، وكان الشراء بالدنانير أوفق أن يبيع الدراهم بالدنانير، ثم يشتري حينئذ بالدنانير. وهكذا إذا كان مال القراض دنانير، وكان الشراء بالدراهم أوفق، باع الدنانير بدراهم ثم يشتري بالدراهم. والله أعلم.

فصل: وإذا كانت لرجل في يد رجل ألف درهم وديعة، فقارضه عليها وهما يعلمان قدرها وصفتها، جاز. ولو كانا يجهلان القدر أو الصفة، لم يجز.

ولو قال له: قد قارضتك على ألف من ديني الذي على فلان، فأقبضها منه قراضاً لم يجز، لأنه قراض على مال غائب. فإن قبضها واتّجر بها، صح القبض لأنه وكل فيه، وكان الربح والخسران لرب المال، وعليه لحدوثهما عن ملكه في قراض فاسد.

ولو كان على العامل دين فقال له: قد جعلت ألفاً من ديني عليك قراضاً في يدك، لم يجز تعليلاً بأنه قراض على مال غائب. وفيما حصل فيه من الربح أو الخسران قولان، حكاهما أبو حامد في جامعه تخريجاً:

أحدهما: أنه لرب المال، وعليه كالحادث عن مقارضته من دين على غيره. فعلى هذا تبرأ ذمة العامل من الدين إذا اتّجر به.

والقول الثاني: وهو الأصح، أن الربح والخسران للعامل، وعليه دين رب المال، ولا يبرأ بالتجارة من دين رب المال.

والفرق بين كون الدين عليه، وبين كونه على غيره: أن قبضه من غيره صحيح، لأنه وكيل فيه لرب المال، فعاد الربح والخسران على رب المال لحدوثهما عن ملكه، وقبضه من نفسه فاسد لأنه يصير مبرئاً لنفسه بنفسه، فعاد الربح والخسران عليه دون رب المال لحدوثهما عن ملكه، لأنه في كل واحد من الموضعين يعود الربح والخسران على من له المال.

فصل: فأما إذا غصبه ألفاً ثم قارضه عليها، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قد استهلكها بالغصب، فقد صارت بالاستهلاك ديناً، فيكون على ما ذكرنا.

والضرب الثاني: أن تكون باقية على ضربين:

أحدهما: أن مقارضه عليه بعد إبرائه من ضمانها فيجوز، لأنها تصير بعد الإبراء وديعة.

والضرب الثاني: أن يقارضه عليها من غير تصريح بإبرائه منها، ففي القراض وجهان:

أحدهما: أنه باطل لأنها مضمونة عليه كالدين، وما حصل فيها من ربح وخسران فلرب المال وعليه.

والوجه الثاني: وهو الصحيح: أن القراض صحيح لأنه قراض على مال حاضر، كما لو باعها عليه، أو رهنها منه. وفي براءته من ضمانها ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه قد برىء من ضمانها، لأنه قد صار مؤتمناً عليها.

والوجه الثاني: أنه لا يبرأ من ضمانها، كما لا يبرأ الغاصب من ضمان ما ارتهنه.

والوجه الثالث: أنه ما لم يتصرف فيها بعقد القراض فضمانها باق عليه، وإن تصرف فيها بدفعها في ثمن ما ابتاعه بها، برىء من ضمانها إن عاقد عليها بأعيانها، ولم يبرأ إن عاقد بها في ذمته، لأنها في التعيين مدفوعة إلى مستحقها بإذن مالكها، فصارت كردها عليه، و فيما تعلق بذمته يكون مبرئاً لنفسه.

فصل: فأما إذا دفع إليه عرضاً وأمره ببيعه والمضاربة بثمنه، لم يجز لعلتين:

إحداهما: جهالة ثمنه، والقراض بالمال المجهول باطل.

والثانية: عقده بالصفة، والقراض بالصفات باطل.

فإن باعه العامل كان بيعه جائزاً لصحة الإذن فيه، وإن اتّجر به كان الربح والخسران لرب المال، وعليه لحدوثهما عن ملكه، وللعامل أجرة مثله في عمل القراض دون بيع العرض، لأنه لم يجعل له في بيع العرض جُعْلاً؛ وإنما جعل له في عمل القراض ربحاً فصار متطوعاً بالبيع معتاضاً على القراض.

ولو قال: خذ من وكيلي ألف درهم فضارب بها، لم يجز لعلة واحدة، وهو أنه قراض بصفة، وما حصل من ربح وخسران فلرب المال وعليه.

فصل: فأما إذا دفع إلى صياد شبكة ليصيد بها ويكون الصيد بينهما، لم يجز، وكان الصيد للصياد وعليه أجرة الشبكة. ولو دفع إلى رجل ماشية ليعلفها ممسكاً لرقابها، ثم يقتسمان ما يدرّ من درّها ونسلها، لم يجز، وكان الدرّ والنسل لرب الماشية، وللعامل أجرة مثله.

فأما المعلوفة، فإن كانت راعية لم يرجع بها، و إن كانت معلوفة يرجع بثمنها مع أجرته.

والفرق بين صيد الشبكة ونتاج الماشية: أن حدوث النتاج من أعيانها فكان لمالكها دون عالفها، وحصول الصيد بفعل الصياد فكان له دون مالك الشبكة.

وعلى هذا، لو دفع سفينة إلى ملّاح ليعمل فيها بنصف كسبها لم يجز، وكان الكسب للملاح لأنه بعمله، وعليه لمالك السفينة أجرة مثلها. وعلى هذا لو دفع إلى نسّاج غزلاً لينسجه ويكونا شريكين في فضل ثمنه، لم يجز، وكانت معاملة فاسدة، والثوب لصاحب الغزل، وعليه أجرة مثله. ولو دفع إليه للغزل لتكون أجرته نصف ثمنه، كانت إجارة فاسدة، وله أجرة مثله.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ قَارَضَهُ وَجَعَلَ رَبُّ المَالِ مَعَهُ غُلَامَهُ، وَشَرَطَ أَنَّ الرِّبْحَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ العَامِلِ وَالغُلَامِ أَثْلَاثاً فَهُوَ جَائِزٌ، وَكَانَ لِرَبِّ المَالِ الثُّلُثَانِ، وَلِلْعَامِلِ الثُّلُثُ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل قارض رجلاً بمال على أن ثلث الربح لرب المال، وثلثه لغلامه، والثلث الباقي للعامل، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يشترط عمل الغلام مع العامل، فهذا قراض جائز، لأن مال غلامه له إذ العبد لا يملك شيئاً، فصار كأنه شرط ثلثي الربح لنفسه والثلث الباقي للعامل، ثم جعل نصف ما حصل له من ربح مصروفاً إلى نفقة غلامه، فيكون فيها مخيراً بين: أن يصرفها إليه، أو يحبسها عنه.

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢.

والضرب الثاني: أن يشترط عمل غلامه مع العامل، ففي القراض وجهان:

أحدهما: باطل، لأن عمل غلامه كعمله، ولو شرط أن يعمل مع العامل بنفسه، بطل القراض كذلك إذا شرط عمل غلامه.

والوجه الثاني: أن القراض جائز، لأن الغلام مال، فصار اشتراط عمل الغلام معه كاشتراطه أن يعاونه بماله أو داره أو حماره، ثم يحصل له ثلثا الربح، والثلث الباقي للعامل.

فصل: فأما إن شرط رب المال ثلث الربح لنفسه، وثلثه لأبيه أو زوجته، وثلثه للعامل، فالقراض باطل سواء شرط عمل أبيه أو زوجته معه أو لا. لأن أباه وزوجته يملكان ولا حق لهما في ربح مال القراض، فخالف حال العبد الذي يرجع ما شرطه له إلى سيده.

فلو تصادقا أن ما شرط لأبي رب المال أو زوجته على وجه الاستعارة الاسمية، صح القراض. وإن اختلفا فادعى أحدهما استعارة ليصح القراض، وادعى الآخر التمليك ليبطل، فالقول قول من ادعى التمليك لأن الظاهر معه، ويكون القراض باطلاً إن حلف.

ولكن لو شرط رب المال لنفسه ثلثي الربح ليدفع منه إلى أبيه أو زوجته الثلث، والباقي للعامل، صح القراض لأن له أن يملكه ما شرطه، ثم هو مخير بين: أن يدفع ذلك إلى من شرطه له، أو يمنعه. ومثال ذلك في الصداق: أن يصدقها ألفين على أن يدفع إلى أبيها ألفاً منها، كان الصداق جائزاً، ولا يلزمها دفع الألف إلى أبيها. ومثال الأولى: أن يتزوجها على ألف على أن يعطي أباها ألفاً أخرى، كان الصداق باطلاً لأنه شرط على نفسه مع الصداق ما لا يلزمه بدله.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقَارِضَهُ إِلَى مُدَّةٍ مِنَ الْمُدَدِ)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا: أن القراض من العقود الجائزة دون اللازمة، ولذلك صح عقده مطلقاً من غير مدة يلزم فيها، فلو شرطا مدة يكون القراض فيها لازماً بطل.

وقال أبو حنيفة: يصح. وهذا فاسد، لأن ما كان من العقود الجائزة يبطل باشتراط المدة كالشركة، ولأنه عقد يصح مطلقاً، فبطل مؤجلاً كالبيع والنكاح.

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢.

فصل: فإذا ثبت هذا، فاشتراط المدة على ضربين:

أحدهما: أن يشترطا لزوم العقد فيها، فيكون القراض باطلاً لما ذكرنا.

والضرب الثاني: أن يشترطا الفسخ في العقد بعدها، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يشترطا فسخ القراض بعد المدة في البيع والشراء، فيكون القراض باطلاً لما فاته موجب العقد في بيع ما حصل في القراض من عوض.

والضرب الثاني: أن يشترطا فسخ القراض بعد المدة في الشراء دون البيع، فيكون القراض جائزاً، لأن له فسخ القراض في الشراء عند مضي المدة، فجاز أن يشترطه قبل مضي المدة.

فصل: ولو قال: خذ هذا المال قراضاً ما شئت أنا من الزمان، أو ما شئت أنت، جاز لأنه كذلك تكون العقود الجائزة.

ولو قال: خذه ما رضي فلان مقامك، أو ما شاء فلان أن يقارضك، لم يجز وكان قراضاً فاسداً، لأنه لا يجوز أن يكون قراضاً موقوفاً على رأي غيرهما.

ولو قال: خذ المال قراضاً ما أقام العسكر، أو إلى قدوم الحاج، نظر: فإن شرط لزومه في هذه المدة كان باطلاً، وإن شرط فسخه بعدها في الشراء دون البيع، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز، لما لهما من ذلك.

والثاني: لا يجوز، لأن لجهالة المدة قسطاً من الغرر وتأثيراً في الفسخ.

فصل: ولو قال: خذ المال قراضاً على أن لا تبيع ولا تشتري إلا عن رأيي أو بمطالعتي، لم يجز لما فيه من إيقاع الحجر عليه في تصرفه.

ولو قال: على أن لا تتجر إلا في البر دون غيره، أو الحنطة دون غيرها، جاز لأنه له أن يخص الأنواع ويعم، وليس له أن يوقع ا لحجر فيما قد خص أو عم.

ولو قال: خذ المال قراضاً على أن يكون بيدي أو مع وكيلي وأنت المتصرف فيه بالبيع والشراء، ففيه وجهان:

أحدهما: أن القراض باطل، لما فيه من إيقاع الحجر عليه.

والثاني: أنه جائز، لأنه مطلق التصرف في العقود، فجاز أن يستوثق بغيره في حفظ المال.

فأما إن جعل عليه مشرفاً، نظر: فإن رد إلى المشرف تدبيراً أو عملاً فسد القراض، لأن العامل فيه محجور عليه. وإن رد إليه مشارفة عقوده ومطالعة عمله من غير تدبير ولا عمل، ففيه وجهان كما مضى لأنه حافظ.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ يَشْتَرِطُ أَحَدُهُمَا دِرْهَماً عَلَى صَاحِبِهِ وَمَا بَقِيَ بَيْنَهُمَا، أَوْ يَشْتَرِطُ أَنْ يُوَلِّيَهُ سِلْعَةً، أَوْ عَلَى أَنْ يَرْتَفِقَ أَحَدُهُمَا فِي ذَلِكَ بِشَيْءٍ دُونَ صَاحِبِهِ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. قد ذكرنا: أن عقد القراض موجب لاشتراك رب المال، والعامل في الربح، ولا يختص به أحدهما دون الآخر، لأن المال والعمل متقابلان، فرأس المال في مقابلة عمل العامل، ولذلك وجب أن يشتركا في الربح، ولم يجز أن يختص به أحدهما مع تساويهما.

وإذا منعا من اختصاص أحدهما بالربح دون الآخر، وجب أن يمنعا مما يؤدي إلى اختصاص أحدهما بالربح دون الآخر. فمن ذلك: أن يشترط أحدهما لنفسه من الربح درهماً معلوماً والباقي لصاحبه، أو بينهما، فلا يجوز لأنه قد لا يحصل من الربح إلا الدرهم المشروط، فينفرد به أحدهما وينصرف الآخر بغير شيء. فإن كان رب المال قد شرطه، فقد أخذ جميع الربح، وانصرف العامل بغير شيء مع وجود العمل وحصول الربح. وإن كان العامل قد شرطه، فقد أخذ جميع الربح، وانصرف رب المال بغير شيء مع وجود المال وحصول الربح. ومثاله في البيوع: أن يبيعه الثمرة إلا مدّاً يستثنيه لنفسه، فيبطل البيع، لأنه قد يجوز أن تهلك الثمرة إلا ذلك المد، فيصير البائع آخذاً للثمن والثمرة معاً.

ولو شرطا تفاضلاً في الربح، مثل أن يشترط أحدهما عشر الربح وتسعة أعشاره للآخر، جاز لأنه ليس ينصرف أحدهما بغير ربح. ومثاله في البيوع: أن يبيع الثمرة إلا عشرها فيصح البيع، لأن ما بقي منها فهو مبيع وغير مبيع.

فصل: ومن ذلك: أن يشترط أحدهما أن يولي ما يرتضيه، أو ما يكتسبه برأس ماله، فيبطل القراض لأنه قد لا يكون في المشتري ربح إلا فيما تولاه، فيصير مختصاً بجميع الربح، ويخرج الآخر بغير ربح.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢.

ومن ذلك: أن يشترط أحدهما رفقاً دون صاحبه، مثل أن يشترط ركوب ما اشتراه من الدواب، أو استخدام ما اشتراه من العبيد، أو لبس ما اشتراه من الثياب مدة بقائها في القراض، فيبطل القراض؛ لأنه قد لا يكون في أثمانها فضل إلا ما اختص به أحدهما من الرفق فيصير منفرداً بالربح، لأن المنفعة مقومة كالأعيان.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (أَوْ يَشْتَرِطُ أَنْ لاَ يَشْتَرِيَ إِلاَّ مِنْ فُلاَنٍ، أَوْ لاَ يَشْتَرِيَ إِلاَّ سِلْعَةً بِعَيْنِهَا وَاحِدَةً)(١).

قال الماوردي: اعلم أن القراض ضربان: عام، وخاص.

فالعام: أن يقارضه على أن يتجر فيما أراد من أصناف الأمتعة وأنواع العروض، فيجوز أن يشتري ما علم فيه صلاحاً من ذلك.

والخاص: أن يقارضه على أن يتجر في الثمار أو في الأقوات أو في الثياب، فيكون مقصوراً على شراء ما عين عليه دون غيره.

فإن عقده عاماً ثم خصه في نوع بعينه، صار خاصاً. ولو عقده خاصاً في نوع ثم جعله عاماً في كل نوع، صار عاماً، لأنه ينعقد جائزاً، وليس ينعقد لازماً. وأما إذا قارضه على شراء ثوب بعينه أو عبد بعينه أو عرض بعينه، كان القراض باطلاً، لأنه قد يتلف ذلك المعين فلا يقدر على شراء غيره، أو قد لا يباع إلا بما لا فضل في ثمنه.

وهكذا، لو قارضه على ألا يشتري إلا من فلان أو لا يبيع إلا على فلان، كان القراض باطلاً، لأن فلاناً قد يموت قبل مبايعته، وقد لا يرغب في مبايعته، أو لا يبايعه إلا بما لا فضل في ثمنه.

وهكذا، لو قارضه على ألا يبيع ويشتري إلا في دكان بعينه، كان القراض باطلاً، لأنه قد ينهدم ذلك الدكان، أو قد يغلب عليه، أو قد لا يبايع منه. فأما إذا قارضه على ألا يبيع ويشتري إلا في سوق كذا جاز، بخلاف الدكان المعين، لأن السوق العامة كالنوع العام، والدكان المعين كالمرض المعين.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (أَوْ نَخْلاً أَوْ دَوَابَّ يَطْلُبُ ثَمَرَ النَّخْلِ وَنِتَاجَ الدَّوَابِّ وَيَحْبِسُ رِقَابَهَا)(٢).

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢.
(٢) مختصر المزني: ص ١٢٢.

قال الماوردي: وهذا كما قال. عقد القراض يقتضي تصرف العامل في المال بالبيع والشراء. فإذا قارضه بمال على أن يشتري به نخلاً يمسك رقابها ويطلب ثمارها، لم يجز لأنه قد منع تصرف العامل بالبيع والشراء. ولأن القراض مختص بما يكون النماء فيه حادثاً عن البيع والشراء، وهو في النخل حادث من غير البيع والشراء، فبطل أن يكون قراضاً، ولا يكون مساقاة، لأنه عاقده على جهالة بها قبل وجود ملكها.

وهكذا، لو قارضه على شراء دواب أو مواشي يحبس رقابها ويطلب نتاجها، لم يجز لما ذكرنا. فإن اشترى بالمال النخل والدواب صح الشراء، ومنع من البيع، لأن الشراء عن إذنه، والبيع بغير إذنه، وكان الحاصل من الثمار والنتاج ملكاً لرب المال لأنه نماء حدث عن ملكه، وللعامل أجرة مثله في الشرط والخدمة، لأنها عمل عارض عليهما.

وحكي عن محمد بن الحسن: جواز ذلك كله، حتى قال: لو أطلق القراض معه جاز له أن يشتري أرضاً، أو يستأجرها ليزرعها أو يغرسها ويقتسما فضل زرعها وغرسها. وهذا فاسد لما بيناه.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ فَعَلَ فَذَلِكَ كُلُّهُ فَاسِدٌ، فَإِنْ عَمِلَ فِيهِ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ، وَالرِّبْحُ وَالْمَالُ لِرَبِّهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا كان القراض فاسداً فعمل العامل فيه قبل منعه من العامل واسترجاع المال منه، كانت عقود بيوعه وشرائه صحيحة مع فساد القراض، لصحة الإذن بها واختصاص الفساد بنصيبه من ربح القراض.

وإذا كان كذلك، كان جميع الربح لرب المال والخسران عليه، وللعامل أجرة مثله، سواء أكان في المال ربح أو لم يكن.

وقال مالك: إن كان في المال ربح فله أجرة مثله، وإن لم يكن فيه ربح فلا أجرة له. استدلالاً بأن العقد إذا فسد حمل على حكمه لو صح، فلما كان القراض الصحيح إذا لم يكن فيه ربح، لم يستحق العامل شيئاً وجب إذا فسد ألا يستحق شيئاً.

وهذا خطأ، لأن كل عمل ملك العامل فيه المسمى في العقد الصحيح، ملك فيه أجرة المثل في العقد الفاسد، كالإجارة. ولأن كل ما ملكه في الإجارة الفاسدة، ملكه في المضاربة الفاسدة، قياساً عليه لو كان في المال ربح.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢.

فأما الجواب عن قوله: إن العقد إذا فسد حمل على حكمه لو صح، فهو: أنه يحمل على ذلك في وجوب الضمان وسقوطه، ولا يحمل على حكم الصحيح فيما سوى الضمان. على أنه في الصحيح لما ضرب بهم في كثير الربح، جاز ألا يأخذ شيئاً مع عدم الربح. وفي الفاسد لما ضرب بهم في كثير الربح، لم يبطل عليه عمله مع عدم الربح.

ألا ترى أن من باع عبداً بمائة درهم بيعاً فاسداً وهو يساوي ألفاً، ضمن المشتري بتلفه ألفاً، وإن رضي البائع أن يخرج عن يده بمائة، لأنه لو باعه بألف بيعاً فاسداً وهو يساوي مائة لم يضمن المشتري بتلفه إلا مائة كذلك، كذلك في القراض الفاسد.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ اشْتَرَطَ أَنْ يَشْتَرِيَ صِنْفاً مَوْجُوداً فِي الشِّتَاء وَالصَّيْفِ فَجَائِز)[١].

قال الماوردي: قد ذكرنا أن عقد القراض ضربان: خاص، وعام.

فأما العام، فهو: أن يطلق تصرف العامل في كل ما يرجو فيه ربحاً، فهذا جائز على عموم التصرف.

وأما الخاص، فهو: أن يختص العامل على نوع واحد، وهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: ما يوجد في عموم الأحوال كالحنطة والبز فيجوز، ويكون مقصور التصرف على النوع الذي أذن فيه. فلو أذن له أن يتجر في البز جاز أن يتجر في صنوف البز كلها من القطن والكتان والإبريسم والخز والصوف الملبوس ثياباً أو جباباً، ولا يجوز أن يتجر في البسط والفرش. وهل يجوز أن يتجر في الأكسية البرّانية أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز، لأنها ملبوسة.

والثاني: لا يجوز، لخروجها عن اسم البز.

فلو أذن له أن يتجر في الطعام، اقتصر على الحنطة وحدها دون الدقيق.

وقال محمد بن الحسن: يجوز أن يتجر في الحنطة والدقيق. وهذا خطأ، لخروج الدقيق عرفاً عن اسم الطعام. ولو جاز ذلك لأنه من الحنطة، لجاز بالخبز.

ولا فرق بين أن يقول له: خذ هذا المال على أن تتجر به في الحنطة، وبين أن يقول له: خذه واتجر به في الحنطة، في أنه لا يجوز له أن يعدل عن التجارة في الحنطة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢.

وقال أبو حنيفة: إن قال له: خذه على أن تتجر به في الحنطة لم يجز أن يتجر به في غيرها، لأنه شرط. وإن قال له: خذه واتجر به في الحنطة، فأراد أن يتجر في غيرها، جاز لأنه مشورة منه.

وهذا خطأ، لأنه في الحالين غير آذن فيما سوى الحنطة.

والضرب الثاني: ما يوجد وقد لا يوجد، كإذنه في أن يتجر في العود الرطب، أو في الياقوت الأحمر، أو في الخيل البلق، أو في العبيد الخصيان، فالقراض باطل سواء وجده أو لم يجده، لأنه على غير ثقة من وجوده، إلا أن يكون ذلك بمكان قد يوجد ذلك فيه غالباً فيجوز.

والضرب الثالث: ما يوجد في زمان ولا يوجد في غيره، كالثمار والفواكه الرطبة، فينظر في عقد القراض: فإن كان في غير أوانِ تلك الثمار، فالقراض باطل. فإن جاءت تلك الثمار من بعد، لم يصح القراض بعد فساده. وإن كان ذلك في أوان الثمار وإبانتها، فالقراض جائز ما كانت تلك الثمرة باقية، فإن انقطعت ففي القراض وجهان:

أحدهما: قد بطل القراض بانقطاعها، وليس له في العام المقبل أن يتجر بها إلا بإذن وعقد مستجد.

والوجه الثاني: أن القراض على حاله ما لم يصرح بفسخه في كل عام أتت فيه تلك الثمرة، فيتجر بها بالعقد الأول.

فأما إذا كان القراض في نوع موجود في كل الزمان فانقطع في بعضه لقلة أو غيرها، فالقراض على وجهه وحاله. وهكذا إذا انقطع لجائحة أتت على جميعه، لأن العقد قد كان ممكناً للاستدامة، فخالف الثمار الرطبة في أحد الوجهين.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا سَافَرَ، كَانَ لَهُ أَنْ يَكْتَرِيَ مِنَ الْمَالِ مَنْ يَكْفِيهِ بَعْضَ الْمُؤْنَةِ مِنَ الأَعْمَالِ الَّتِي لاَ يَعْمَلُهَا الْعَامِلُ، وَلَهُ النَّفَقَةُ بِالْمَعْرُوفِ)[1].

قال الماوردي: والكلام في هذه المسألة مشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: في جواز سفر العامل بمال القراض.

والثاني: في مؤنة العمل.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢.

والثالث: في نفقة العامل.

فأما الفصل الأول: وهو سفر العامل بمال القراض، فلرب المال معه ثلاثة أحوال:

إحداها: أن ينهاه عن السفر به، فلا يجوز أن يسافر به إجماعاً. فإن سافر به ضمنه، والقراض في حاله صحيحاً.

والحال الثانية: أن يأذن له في السفر به، فيجوز له أن يسافر به إجماعاً. فإن أذن له في السفر إلى بلد لم يجز له أن يسافر إلى غيره، وإن لم يخص له بلداً، جاز أن يسافر به إلى البلد المأمونة الممالك والأمصار التي جرت عادة أهل بلده أن يسافروا بأموالهم ومتاجرهم إليها، ولا يخرج عن العرف المعهود فيها، ولا في البعد إلى أقصى البلدان. فإن بعد إلى أقصى البلدان، ضمن المال.

والحالة الثالثة: أن يطلق، فلا يأذن له في السفر ولا ينهاه. وقد اختلف الناس في جواز سفره بالمال:

فذهب الشافعي: إلى أنه لا يجوز أن يسافر به قريباً ولا بعيداً، سواء رد الأمر إلى رأيه أم لا.

وقال أبوحنيفة: يجوز أن يسافر بالمال إذا أراد وإن لم يأمره بذلك، ما لم ينهه.

وقال محمد بن الحسن وأبو يوسف: يجوز أن يسافر بالمال إلى حيث يمكن الرجوع منه قبل الليل.

وقال محمد بن الحسن: يجوز أن يسافر إلى حيث لا تلزمه مؤونة.

ودليلنا قوله ﷺ: «إِنَّ الْمُسَافِرَ وَمَالَهُ عَلَى قَلَتٍ إِلاَّ مَا وَقَى اللَّهُ»[1] يعني: على خطر، وهو لا يجوز أن يخاطر بالمال، ولأنه مؤتمن، فلم يجز أن يسافر بالمال كالوكيل. ولأن كل سفر منع منه الوكيل، منع منه العامل كالسفر البعيد.

فصل: وأما الفصل الثاني وهو مؤونة العمل، فينقسم قسمين:

قسم: يجب في مال القراض ولا يلزم العامل.

وقسم: يلزم العامل ولا يجب في مال القراض.

---

(١) نسبه صاحب موسوعة أطراف الحديث إلى القاري في الأسرار المرفوعة: ١٣١.

فأما ما يجب في مال القراض، فأجرة المحمل، وأكرية الخانيات، وما صار معهوداً من الضرائب التي لا يقدر على منعها، فله دفع ذلك كله بالمعروف من رأس المال، ثم وضعه من الربح الحاصل ليكون الفاضل بعده من الربح هو المقسوم بين رب المال والعامل على شرطهما.

وأما ما يلزم العامل، فهو ما جرت عادة التجار أن يفعلوه بأنفسهم في أموالهم، مثل: نشر البزّ وطيه، وعرض الأمتعة، ومباشرة العقود، وقبض الأثمان، واقتضاء الديون، فكل ذلك على العامل لأنه به ملك الربح.

وأما النداء على الأمتعة فمن يزيد، فلا يلزمه لأن عرف التجار في أموالهم لم يجر به، وتكون أجور المنادين في مال القراض.

وأما الوزان، فإن كان فيما يحفر ولم تجر عادة التجار به في أموالهم، كان في مال القراض. وإن كان فيما يقل ويخف، كالعود والمسك وما في معناهما، فهو على العامل، لأن عادة التجار جارية به في أموالهم. فإن استأجر فله تحمل الأجرة في ماله. ولو فعل بنفسه ما يستحق في مال القراض، كان تطوعاً منه لا يرجع به في مال القراض، لأنه لا يستحق على عمله في مال واحد عوضين: أجرة، وربحاً.

فصل: وأما الفصل الثالث: وهو نفقة العامل، فينقسم قسمين:

أحدهما: ما يختص العامل بالتزامه، وهو نفقة حضره في مأكوله وملبوسه لعلتين:

إحداهما: اختصاص العامل بالربح دون رب المال، وذلك لا يجوز.

والثانية: أن نفقة إقامته لا تختص بعمل القراض، فلم تلزم في مال القراض.

والقسم الثاني: نفقة سفره. فالذي رواه المزني في مختصره هنا: أن له النفقة بالمعروف. وقال في جامعه الكبير: والذي أحفظ له، أنه لا يجوز القراض إلا على نفقة معلومة في كل يوم، وثمن ما يشتري به فيكتسبه. وروى في مختصره وجامعه: وجوب النفقة، وجعلها في جامعه معلومة كنفقة الزوجة، وفي مختصره: بالمعروف، كنفقات الأقارب. فهذا ما رواه المزني.

وروى أبو يعقوب البويطي: أنه لا ينفق على نفسه من مال المضاربة، حاضراً كان أو مسافراً.

واختلف أصحابنا: فكان أبو الطيب بن سلمة وأبو حفص بن الوكيل: يحملان اختلاف الروايتين على اختلاف قولين:

أحدهما: وهو رواية المزني: أن له النفقة في سفره لاختصاص سفره بمال القراض، بخلاف نفقة الاستيطان.

والقول الثاني: لا نفقة له، لما فيه من اختصاصه بالربح، أو شيء منه دون رب المال.

وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة: لا نفقة له قولاً واحداً على ما رواه البويطي، وحمل رواية المزني على نفقة المتاع دون العامل. وهذا التأويل مدفوع بما بينه المزني في جامعه الكبير من قوله: نفقة معلومة في كل يوم، وثمن ما يشتريه فيكتسبه.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من اختلافهم في وجوب النفقة، فإن قلنا: بأنها غير واجبة على ما رواه البويطي، فلا تفريع عليه. وإن قلنا: بأنها واجبة على ما رواه المزني في مختصره وجامعه، فهو مذهب أبي حنيفة ومالك، وعليه يكون التفريع. فتجب نفقة مركوبه في سفره ومسيره بالمعروف في مثل سفره، وتجب نفقة مأكولة وملبوسه المختص بلباس سفره. وفي تقدير نفقته وجهان لاختلاف رواية المزني:

أحدهما: أنها مقدرة كنفقة الزوجات، لأنها معاوضة، وتقديرها أدفع للجهالة، وهذا ما رواه المزني في جامعه الكبير.

والوجه الثاني: أنها معتبرة بالمعروف من غير تقدير، لأنها مؤونة في عمل القراض، فاشتبهت بسائر مؤن المال. ولأن تقديرها يفضي إلى اختصاص العامل بفضلها إن رخص السعر، أو إلى تحمل بعضها إن غلا، فوجب أن تعتبر بالمعروف على ما رواه المزني في مختصره. لكن لا يلزم فيها أجرة حمام، ولا حجام، ولا ثمن دواء، ولا شهوة.

وقال أبو حنيفة: له في نفقته أجرة حمامه وحجامه، وما احتاج إليه من دوائه، وما قرب من شهواته.

وهذا غير صحيح، من وجهين:

أحدهما: أن نفقات الزوجات أوكد منها، وذلك غير لازم فيها.

والثاني: أن ذلك مما لا يختص بسفره ولا بعمله، فأشبه صداق من يتزوجها ونفقة

من يستمتع بها. على أن مزاحماتها من جعل له نفقة السفر ما زاد على نفقة الحضر، وحكاه أبو علي بن أبي هريرة عن بعض متقدميهم، و هو أشبه بالقياس.

فإن دخل في سفره بلداً فله النفقة ما أقام فيه مقام المسافر، ما لم يتجاوز أربعاً. فإن زاد على إقامته أكثر من أربع، نظر: فإن كان لغير مال القراض من مرض طرأ أو عارض يختص به، فنفقته في ماله دون القراض. وإن كان مقامه لأجل مال القراض انتظاراً لبيعه وقبض ثمنه، أو التماساً لحمله، أو لسبب يتعلق به، فنفقته فيه كنفقته في سفره لاختصاصه بالقراض.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ خَرَجَ بِمَالٍ لِنَفْسِهِ، كَانَتِ النَّفَقَةُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ بالْحصَصِ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وجملته: أنه إذا سافر بمال القراض لم يمنع أن يسافر بمال لنفسه، ومنع بعض العراقيين أن يسافر بمال لنفسه؛ لأن عمله مستحق في مال القراض، فصار كالأجير.

وهذا خطأ، لأنه لما جاز له في الحضر أن يعمل في ماله ومال القراض، جاز له ذلك في السفر، ولأن عقد القراض لما أوجب عليه العمل في المال ولم يستحق به عليه جميع المال، فإذا أدى ما لزمه من عمل القراض، فسواء فيما سواه ممسكاً أو عاملاً. فلو شرط عليه في العقد ألا يسافر بمال لنفسه بطل القراض، لأنه قد أوقع عليه حجراً غير مستحق.

فصل: فإذا تقرر أن له أن يسافر بمال نفسه ومال القراض، فلا يجوز أن يخلط ماله بمال القراض، وعليه تمييز كل واحد من المالين. فإن خلطهما، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون بإذن رب المال فيجوز، ويصير شريكاً ومضارباً، ومؤنة المال مقسطة على قدر المالين، ونفقة نفسه إن قيل: إنها لاتجب في مال القراض فهو مختص بها. وإن قيل إنها تجب في مال القراض، فهي مقسطة على قدر المالين بالحصص.

والضرب الثاني: أن يخلط المالين بغير إذن رب المال، فيبطل القراض لأنه يصير كالعادل به عن حكمه، فيلتزم نفقة نفسه لا تختلف، وتكون نفقة المالين بقدر الحصص، وربح مال القراض كله لرب المال لفساد القراض، وللعامل أجرة مثل عمله فيه، ولا يوجب له أجرة كل العمل، لأن عمله قد توزع على ماله ومال القراض.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢.

فصل: فلو أبضع رب المال عامله في مال القراض بضاعة لنفسه يختص بربحها، جاز إن كان عن غير شرط في القراض، ولم يجز إن كان عن شرط.

وقال مالك: لا يجوز إن كان عن غير شرط، لأنه كالمعمول عليه بالشرط.

وهذا خطأ، لأن ما تجرد عن الشرط كان تطوعاً لا يبطل به العقد، كما لو أبضعه شراء ثوب يكتسبه، أو طعام يقتات به، ولأنه لما جاز لغير رب المال أن يبضعه متجراً، جاز لرب المال أن يبضعه متجراً، لأنه متطوع بالأمرين.

فصل: ولا يجوز للعامل أن يبتاع لنفسه من مال القراض، ولا يبيع لنفسه شيئاً من مال القراض، لأنه وكيل. وكذلك لا يجوز لرب المال أن يبتاع شيئاً من مال القراض، لأنه كالبائع لنفسه.

فصل: وإذا إختلف العامل ورب العمل في قدر ما إدعاه من النفقه اللازمة في مال القراض، فالقول فيه إذا كان محتملاً قول العامل مع يمينه لأنه مؤتمن على النفقة، كما كان مؤتمناً على الربح.

وفيه وجه آخر: إن القول فيه قول ربّ المال مع يمينه، من اختلاف الوجهين في ادّعاء العامل ردّ المال على ربّه.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَا اشْتَرَى فَلَهُ الرَّدُّ بِالعَيْبِ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا اشترى العامل سلعة في القراض فوجد بها عيباً، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون فيها مع العيب فضل وظهور ربح، فليس للعامل أن يرد لحق رب المال في الفضل الظاهر، وليس لرب المال أن يرد لحق العامل في الفضل الظاهر.

فإن إجتمعا على الرد، فذلك لهما لأنه حق لهما، ويكون حال السلعة مع ظهور العيب كحالهما لو سلمت من عيب لظهور الفاضل في الحالين.

والضرب الثاني: أن يكون فيها لأجل العيب خسران وعجز، فللعامل أن يرد السلعة بالعيب لأنه مأمور بتنمية المال، وفي إمساك العيب تلف للنساء، ولأنه حل محل مالكه، وللمالك فسخه ورده.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢.

فإن رضي العامل بعيبه، كان لرب المال رده لما يلحقه من النقض في ماله، فيصير لكل واحد من العامل ورب المال أن ينفرد بالرد. فإن اجتمعا على الإمساك والرضا بالعيب، جاز لأن حق الرد لا يتجاوزهما.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكَذَلِكَ الْوَكِيلُ)[1]

قال الماوردي: قد ذكرنا حال الوكيل في رد ما وجد به عيباً، وأن ما اشتراه لا يخلو: من أن يكون معيناً، أو غير معين.

فإن كان معيناً لم يكن له رده إلا بإذن موكله، لأن شراءه غير مردود إلى رأيه لجواز علم الموكل بعيبه.

وإن كان غير معين، فله الرد لأن مطلق الإذن بالشراء يقتضي سلامة المشتري كالمقارض. وسواء كان فيه مع العيب فضل أو لا، بخلاف المقارض، ولا يلزمه استئذان الموكل في الرد. فإن نهاه الموكل عن الرد، منع من الرد بخلاف العامل، لأن للعامل شركاً في الربح، وليس للوكيل شرك فيه، فصار الوكيل موافقاً للعامل في الوجه الذي ذكرناه، ومخالفاً في الوجه الذي ذكرناه.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنِ اشْتَرَى وَبَاعَ بِالدَّيْنِ فَضَامِنٌ إِلاَّ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ)[2].

قال الماوردي: إعلم أن رب المال لا يخلو حاله في مال القراض من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يأمره في البيع والشراء نقداً، فلا يجوز للعامل أن يشتري بالنساء، ولا أن يبيع بالنساء.

والقسم الثاني: أن يأذن له في البيع والشراء بالنساء. فيجوز للعامل أن يبيع ويشتري بالنقد، والنساء. أما النقد، فلأنه أحظ. وأما النساء فلما كان الإذن فلو نهاه عن البيع والشراء بالنقد لم يلزم ذلك للعامل لما فيه من التغرير بتأخير النساء، وخالف الوكيل وصار عقد القراض باطلاً.

ولا يجوز مع إذن النساء أن يشتري ويبيع سلماً، لأن عقد السلم أكثر غرراً من النساء

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢٢.

في الأعيان. فإن أذن له في الشراء سلماً جاز، وإن أذن له في البيع سلماً لم يجز، والفرق بينهما: وجود الحظ غالباً في الشراء وعدمه في البيع.

والقسم الثالث: أن يطلق الإذن له بالبيع والشراء من غير أن يذكر له نقداً أو نساء، فقد قال أبو حنيفة: يجوز للعامل أن يبيع ويشتري بالنقد والنساء، وبمثله قال في الوكيل مع إطلاق الإذن، لأن مطلق الإذن يقتضي عموم الحالين.

ولا يجوز له عند الشافعي مع إطلاق الإذن أن يبيع ويشتري إلا بالنقد، لأن الآجال لا تثبت في العقود إلا بشرط كالأثمان.

فصل: فإذا تقرر أنه ممنوع من النساء في البيع والشراء، فعاقد بالنساء، فذلك نوعان: بيع، و شراء.

فاما الشراء فضربان:

أحدهما: أن يشتري بالنساء في مال القراض، فيكون الشراء باطلاً.

والضرب الثاني: أن يشتري بالنساء في ذمته، فيكون الشراء لازماً له.

و أما البيع فباطل ولا ضمان عليه في البيع ما لم يقبضه، فإن قبضه ضمنه حينئذ بالإقباض وعليه استرجاعه ما كان باقياً. فإن تلف فلرب المال أن يأخذ بضمانه وغرمه من شاء من العامل أو المشتري، فإن أغرم العامل رجع بما غرمه على المشتري، وإن أغرم المشتري لم يرجع به على العامل لأن الغرم ثبت على من كان في يده التلف.

فصل: فلو قال رب المال للعامل: إعمل في القراض برأيك، لم يجز أن يعاقد بالنساء لا بيعاً و لا شراء، لأن عمله برأيه ينصرف إلى تدبيره وإجتهاده في وفور الأرباح والتماس النماء دون النساء.

فصل: وإذا قارضه على غير مال ليشتري بالنساء، فإن القراض باطل لأنه يصح في الأعيان، و لا يصح في الذمم.

ولو قارضه على مال فأذن له في الشراء بالنساء، لم يكن للعامل أن يشتري نساء بأكثر من مال القراض قدراً، لأن ما زاد عليه خارج منه

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَهُوَ مُصَدَّقٌ فِي ذَهَابِ المَالِ مَعَ يَمِينِهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأن العامل مؤتمن في مال القراض فلا يتعلق به ضمان، لأنه في يده لمنفعة مالكه بطلب الربح، وما يعود عليه من الربح فإنما هو عوض عن عمله، فصار كالوكيل المستعجل. فإذا ادعى تلف المال من يده، كان القول قوله مع يمينه. فإن ادعى رد المال على ربه، فالأمناء ثلاثة:

أمين: يقبل قوله في الرد، وهو المودع.

وأمين: لا يقبل قوله وهو المرتهن.

وأمين: مختلف في قبول قوله في الرد مع يمينه وهو المضارب، ففيه وجهان:
أحدهما: أن قوله مقبول في الرد مع يمينه، كالمودع.
والوجه الثاني: أن قوله غير مقبول في الرد و إن كان مقبولاً في التلف، كالمرتهنين.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَ إِذَا اشْتَرَى مَنْ يُعْتَقُ عَلَى رَبِّ المَالِ بِإِذْنِهِ عَتَقَ وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَالمُضَارِبُ ضَامِنٌ وَالعَبْدُ لَهُ، وَالمَالِكُ إِنَّمَا أَمْرُهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَرْبَحَ فِي بَيْعِهِ)[2].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا اشترى العامل في القراض أبا رب المال، أو أمه، أو بنته ممن يعتق عليه لو ملكه، لم يخل من أحد أمرين: إما أن يشتري بإذنه، أو بغير إذنه.

فإن اشتراه بإذنه صح الشراء، وكان لازماً لرب المال، وهو في شرائه له كالوكيل، وقد بطل من القراض ما دفعه في ثمنه، وكان كالقابض له من رأس المال. وهل يكون عقد ابتياعه داخلاً في عقد قراضه، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي حامد الإسفراييني: أنه داخل في عقد قراضه، وإنما خرج منه بعد العقد بحكم الشرع. فعلى هذا، إن لم يكن في ثمنه فضل لو كان على رقه فلا شيء للعامل فيه، وإن كان فيه فضل رجع العامل على رب المال بقدر حصته من فضله.

والوجه الثاني: وهو الصحيح عندي: أنه غير داخل في عقد قراضه لخروجه عن

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢.
(٢) مختصر المزني: ص ١٢٢.

حكمه، فعلى هذا، يكون للعامل في شرائه أجرة مثله، سواء كان في ثمنه فضل، أو لم يكن؛ لأنه دخل في شرائه على عوض منه، فصار كالمشتري في القراض الفاسد.

فصل: وإن اشتراه بغير إذن رب المال، فهو غير داخل في مال القراض، لأن عقد القراض يوجب ابتياع ما ترجى الزيادة في ثمنه، والزيادة في ثمن هذا معدومة، واستهلاك المال به موجود، فصار شراؤه في حق رب المال كشراء ما لا يعاوض عليه من خمر وخنزير.

وإذا لم يلزم بما وصفت في مال القراض، لم يخل شراء العامل له من: أن يكون بعين المال، أو في ذمته.

فإن اشتراه بعين المال بطل شراؤه، لأنه مبيع بعين لا يملك به، فصار كبيعه بمال مغصوب.

وإن اشتراه في ذمته كان الشراء لازماً له، وإن نقد من مال القراض في ثمنه كان ضامناً له، وبطل من القراض قدر ما دفع من ثمنه، لأنه صار بالدفع مضمون المثل في ذمته، فخرج عن حكم القراض لخروجه من مال القراض.

فصل: فأما إن اشترى العامل أخا رب المال أو عمه، صح الشراء وكان في مال القراض لجواز تملكه لهم، وطلب الفضل في ثمنهم لأنهم لا يعتقون بالملك.

فأما إن كان رب المال امرأة فاشترى العامل زوجها في مال القراض، فإن كان بإذنها صح الشراء وبطل النكاح، وكان على حاله في مال القراض، لأن ملك المرأة لزوجها مبطل للنكاح وغير موجب للعتق. وإن اشتراه بغير إذنها، ففيه قولان:

أحدهما: أنه لا يلزم في مال القراض لما فيه من دخول الضرر على رب المال، فخرج عن مطلق الإذن كشراء الأب.

والقول الثاني: أنه لازم في مال القراض لتفارقه، وثبوت ملكه، وجواز أخذ الفضل من ثمنه، بخلاف الأب المعدوم ذلك كله فيه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَكَذَلِكَ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ يَشْتَرِي أَبَا سَيِّدِهِ، فَالشِّرَاءُ مَفْسُوخٌ لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ، وَ لَا مَالَ لَهُ)[١].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢ وتتمة المسألة: «وقال في كتاب الدعوى والبيّنات في شراء العبد من يعتقُ على

قال الماوردي: وجملته: أن السيد إذا أذن لعبده في التجارة فاشترى العبد أبا سيده، لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن ينهاه عن شرائه، فيكون الشراء باطلاً للنهي عنه، وهو مردود على بائعه، ويرتجع بما دفعه في ثمنه.

والقسم الثاني: أن يأذن له في شرائه، فالشراء صحيح، وفي زمان عتقه وجهان:

أحدهما: يعتق بنفس الشراء.

والوجه الثاني: بأداء الثمن.

وهذان الوجهان مبنيان على اختلاف الوجهين في غرماء العبد، هل ملكوا بديونهم حجراً على ما بيده أو لا؟.

والقسم الثالث: أن لا يكون من سيده فيه إذن و لا نهي، ففيه قولان:

أحدهما: أن الشراء باطل، كالمضارب إذا اشترى بعين المال أبا ربه. وسواء أكان شراء العبد بعين المال، أو في ذمته، لأن العبد ليس بذي ذمة يعامل عليها، وإنما يعامل على ما بيده.

والقول الثاني: أن الشراء صحيح، لأن عقد العبد منسوب إلى سيده، لأن يده كيده، فصار عقده كعقده. فعلى هذا، هل يعتق في الحال أو بأداء الثمن؟ على ما مضى من الوجهين.

فصل: فأما إذا اشترى العبد أبا نفسه، صحّ الشراء وكان على رقه في ملك السيد، لأن شراءه لسيده لا لنفسه.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنِ اشْتَرَى الْمُقَارِضُ أَبَا نَفْسِهِ بِمَالِ رَبِّ الْمَالِ، وَفِي الْمَالِ فَضْلٌ أَوْ لاَ فَضْلَ فِيهِ فَسَوَاءٌ، وَلاَ يُعْتَقُ عَلَيْهِ لأَنَّهُ إِنَّمَا يَقُومُ مُقَامَ وَكِيلٍ اشْتَرَى لِغَيْرِهِ، فَبَيْعُهُ جَائِزٌ وَلاَ رِبْحَ لِلْعَامِلِ إِلاَّ بَعْدَ قَبْضِ رَبِّ الْمَالِ مَالَهُ، وَلاَ يَسْتَوْفِيهِ رَبُّهُ إِلاَّ وَقَدْ بَاعَ أَبَاهُ. وَلَوْ كَانَ يَمْلِكُ مِنَ الرِّبْحِ شَيْئاً قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ الْمَالُ إِلَى رَبِّهِ، كَانَ مُشَارِكاً لَهُ. وَلَوْ

مولاه، قولان: أحدهما جائز، والآخر لا يجوز. قال المزني: قياس قوله الذي قطع به: أن البيع مفسوخ لأنه لا ذمّة له».

خَسِرَ حَتَّى لَا يَبْقَى إِلَّا أَقَلُّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، كَانَ فِيمَا بَقِيَ شَرِيكاً، لِأَنَّ مَنْ مَلَكَ شَيْئاً زَائِداً مَلَكَهُ نَاقِصاً)[١].

قال الماوردي: وصورتها: أن يشتري العامل في القراض أبا نفسه، فلا يخلو أن يكون في المال عند شرائه ربح يستحق فيه سهماً، أو لا ربح فيه:

فإن لم يكن في المال ربح، كان أبو العامل على رقه في مال القراض، لأن العامل لم يملك من أبيه شيئاً، وليس يمتنع أن يكون وكيلاً في شراء أبيه لرب المال.

وإن كان في المال ربح يستحق فيه بعمله سهماً، ففي عتقه عليه قولان مبنيان على اختلاف قولين في العامل: هل يكون شريكاً في الربح بعمله ومالكاً لحقه منه عند ظهوره، أو هو وكيل يأخذ ما شرط من الربح أجرة يملكها بالحصص؟

أحد القولين: وهو اختيار المزني، أن العامل وكيل مستعجل وليس بشريك، وما يخصه من الربح أجرة لا يملكها بالظهور، وإنما يملكها بالقبض. ووجه ذلك من ثلاثة أشياء:

أحدها: أنه لو ملك الربح بظهوره وكان شريكاً، لوجب إذا تلف من المال شيء أن يكون التالف مسقطاً على الأصل والربح. لأن تلف بعض المال المشترك لا يجوز أن يختص به بعض الشركاء فيه، فلما كان التالف من جملة المال محسوباً من ربحه ولم يتقسط عليه وعلى أصله، علم أنه لم يكن شريكاً فيه، ولا مالكاً لشيء منه، لأنه لو ملكه زائداً لملكه ناقصاً.

والثاني: أن الربح عند ظهوره وقبل قبضه مرصد لصلاح المال وتثميره، لأنه لو ظهر في المال خسران لكان مجبوراً به. ولو كان ملكاً للعامل وشريكاً فيه، لما جاز أن يجبر به مال غيره. ألا تراه إذا قبض الربح وملكه، لم يجز أن يجبر الخسران به، لأن ملك الإنسان لا يجبر به مال غيره؟

والثالث: أن من كان شريكاً في ربح إن ظهر، كان شريكاً في خسران إن حدث. فإذا لم يكن العامل شريكاً في الخسران ولا ملتزماً لشيء منه، لم يكن شريكاً في الربح ولا مالكاً لشيء منه. فعلى هذا القول، يكون أبو العامل على رقه في مال القراض، ولا يعتق عليه لأنه غير مالك لشيء منه.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢.

والقول الثاني: أن العامل شريك في الربح بعمله، ومالك له بظهوره، وبه قال أبو حنيفة. ووجهته ثلاثة أشياء:

أحدها: أن للعامل إجبار رب المال على القسمة، ولو لم يكن شريكاً فيه بسهم لم يكن له الإجبار على قسمته. ألا تراه في المضاربة الفاسدة لا يملك إجباره على القسمة، لأن ما يستحقه عليه أجرة، ويملكه في المضاربة الصحيحة؟ ولو لم يكن في المال ربح لم يجبره على القسمة، ويجبره إذا كان فيه ربح، ولا شيء أدل على ثبوت الملك من استحقاق القسمة.

والثاني: أنه لو كان ما يستحقه من الربح أجرة لا يملكها إلا بالقبض، لما جاز أن تكون مجهولة القدر. وفي إجماعهم على جواز المضاربة مع الجهالة بربحها، دليل على أن سهم العامل منها لشركته فيها، وليست أجرة تبطل مع الجهالة بها.

والثالث: أنه لو كان سهمه من الربح أجرة على عمله في المال، لوجب أن يستحقه مع الخسران لوجود العمل. وإن عدم الربح كوجوده مع ظهور الربح، لأن فوات الأجرة لا تسقط معاوضة العمل. كما لو استأجره على عمل بمال معين، فتلف المال بعد العمل، لم يهدر عمله واستحق به أجرة المثل، فلما لم يجز ذلك، دل على فساد الأجرة وصحة الشركة.

فعلى هذا، يعتق عليه بالثمن الذي اشتراه به لا بقيمته، إن كانت حصته من الربح هي جميع ثمنه. ويبطل عقد القراض في جميع المال، بخلاف ما لو كان المشتري أبا رب المال، لأن العامل إذا اشترى أبا رب المال بأمره بطل من مال القراض بقدر ثمنه؛ وإذا اشترى العامل أبا نفسه بطل جميع القراض.

والفرق بينهما: أن أبا رب المال محسوب عليه من أصل المال من القراض بقدره، ولم يبطل جميع عقده. وأبو العامل محسوب عليه من ربحه، وربح القراض لا يؤخذ إلا قسمة. وسواء كانت حصته من الربح بقدر ثمنه أو أكثر، في أن القراض كله قد بطل، لأن أخذ بعض الربح كأخذ جميعه في الفسخ. فإن استأنف من المال معه قراضاً بعد شراء أبيه، كان عقداً مستجداً. وإن كانت حصة العامل من الربح أقل من ثمن أبيه، كأنها كانت بقدر نصفه، عتق منه بقدر حصته، وصار بعتقه مستوفياً لجميع حقه، ثم ينظر: فإن كان موسراً بقيمة باقية، قوم عليه وعتق جميعه، فيصير نصفه معتقاً بالثمن، ونصفه معتقاً بالقيمة. وإن كان معسراً بقيمة باقية، وعتق منه ما عتق ورقّ منه ما رقّ.

فلو لم يظهر في المال ربح عند شراء أبيه، فالمضاربة على حالها لبقاء أبيه على الرق. فإن ظهر ربح فيما بعد، عتق عليه، وبطلت المضاربة.

فصل: إذا ادعى العامل ظهور الربح في المال، وطالب بالقسمة، لم يجبر المالك عليها ما لم يعترف بظهور الربح، أو يتحاسبان فيظهر له الربح. ولا يلزم رب المال أن يحاسبه إلا بعد حضور المال، لأنه قد لا يصدق فيما يخبر به من وفوره أو سلامته. فإذا حضر المال تحاسبا، فإن ظهر ربح تقاسما.

فلو تقاسما قبل المحاسبة على ما ذكره العامل من قدر الربح، ثم تحاسبا فوجدا رأس المال ناقصاً، ترادا الربح ليستكمل رأس المال. ولو رضي رب المال والعامل بالمحاسبة عليه مع غيبة المال عنهما، ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز، لأنه احتياط لهما تركه.

والوجه الثاني: لا يجوز، وقد ذكره الشافعي في موضع، لأنهما يتحابان على جهالة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَتَى شَاءَ رَبُّهُ أَخْذَ مَالَهُ قَبْلَ الْعَمَلِ وَبَعْدَهُ، وَمَتَى شَاءَ الْعَامِلُ أَنْ يَخْرُجَ مِنَ الْقِرَاضِ خَرَجَ مِنْهُ)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا: أن عقد القراض من العقود الجائزة دون اللازمة، فلكل واحد من رب المال والعامل أن ينفرد بالفسخ قبل العمل وبعده، مع وجود الربح أو حدوث الخسران. فإذا فسخها أحدهما انفسخت، وصار كاجتماعهما على فسخها، ثم لا يخلو المال من أن يكون ناضاً، أو غير ناض:

فإن كان ناضاً من دراهم أو دنانير، لم يخل أن يكون من جنس رأس المال، أو من غير جنسه:

فإن كان من جنس رأس المال، مثل أن يكون دراهم ورأس المال دراهم، أو يكون دنانير ورأس المال دنانير، فالعامل ممنوع من التصرف فيه ببيع أو شراء، سواء كان هو الفاسخ أو ربه، ثم نظر: فإن كان فيه فضل تقاسماه على شرطهما، وإن لم يكن فيه فضل، أو كان فيه خسران، أخذه رب المال ولا شيء فيه للعامل.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢.

وإن كان من غير جنس رأس المال، مثل أن يكون دراهم ورأس المال دنانير، أو يكون دنانير ورأس المال دراهم، فحكم هذا كحكمه لو كان عرضاً. ولهما في العرض بعد فسخ القراض أربعة أحوال:

إحداها: أن يجتمعا على بيعه، فيلزم العامل أن يبيعه لأنه من لوازم عقده. فإذا نض ثمنه، أخذ رب المال ماله وتقاسما فضلاً إن كان فيه.

والحال الثانية: أن يتفقا على ترك بيعه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يكون في ثمنه لو بيع فضل، فقد سقط حق العامل منه، وصار العرض ملكاً لرب المال بزيادته ونقصه. فإن زاد ثمنه بعد ترك العامل له، لم يكن له حق في زيادته لخروجه بالترك عن قراضه.

والضرب الثاني: أن يكون في ثمنه فضل لو بيع عند تركه، فينظر في ترك العامل: فإن كان قد تركه إسقاطاً لحقه، فقد صار العرض بزيادته ونقصه ملكاً لرب المال، ولا شيء للعامل فيه. وإن كان قد تركه تأخيراً لبيعه، فهو على حقه من فضل ثمنه، وله بيعه متى شاء.

والحال الثالثة: أن يدعو العامل إلى بيعه ويمنعه رب المال منه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يرجو في ثمنه فضلاً ولا يأمل ربحاً، فليس له بيعه، ويمنع منه لأنه لا يستفيد ببيعه شيئاً.

والضرب الثاني: أن يرجو في ثمنه فضلاً ويأمل ربحاً، فله بيعه، وليس لرب المال أن يمنعه ليصل بالبيع إلى حقه من الربح.

فلو بذل له رب المال حصته من ربحه ومنعه من بيعه، ففي بيعه وجهان مخرجان من اختلاف قولين في سيد العبد الجاني إذا منع المجنى عليه من بيعه، وبذل له قدر قيمته:

أحدهما: يمنع المجنى عليه من بيع العبد لوصوله إلى قيمته، ويمنع العامل من بيع العرض لوصوله إلى ربحه.

والثاني: أن المجنى عليه لا يمنع من بيع العبد إلا ببذل جميع الجناية، لأنه قد يرجو الوصول إليها بالبيع إن حدث له راغب، ولا يمنع العامل من بيع العرض لأنه قد يرجو زيادة على القيمة لحدوث راغب.

والحال الرابعة: أن يدعو رب المال إلى بيعه، ويمتنع العامل منه.

فإن كان امتناعه لغير ترك لحقه منه، أجبر على بيعه لتنقطع علته فيه، ويتصرف رب المال في ثمنه.

وإن كان امتناعه تركاً لحقه منه، ففي إجباره على بيعه وجهان:

أحدهما: لا يجبر عليه، لأن البيع والشراء إنما يلزم في حقيهما، وببطلان القراض قد سقط أن يكون ذلك حقاً لهما.

والوجه الثاني: أنه يجبر على بيعه، لأن رد رأس المال مستحق عليه، وليس العرض رأس المال، وإنما هو بدل عنه.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ مَاتَ رَبُّ الْمَالِ صَارَ لِوَارِثِهِ، فَإِنْ رَضِيَ تَرْكَ الْمُقَارِضَ عَلَى قِرَاضِهِ، وَإِلاَّ فَقَدِ انْفَسَخَ قِرَاضُهُ. وَإِنْ مَاتَ الْعَامِلُ، لَمْ يَكُنْ لِوَارِثِهِ أَنْ يَعْمَلَ مَكَانَهُ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. عقد القراض يبطل بموت كل واحد من رب المال أو العامل، لأن العقود الجائزة دون اللازمة تبطل بموت عاقدها، وهما في العقد سواء، لأنه تم بهما، وهو غير لازم.

فإن بطل بموت كل واحد منهما، لم يخل أن يكون الميت هو رب المال، أو العامل:

فإن كان الميت منهما هو رب المال، لم يخل أن يكون المال ناضاً، أو عرضاً:

فإن كان ناضاً، منع العامل أن يتصرف فيه ببيع أو شراء، ثم لورثة رب المال أن يسترجعوا رأس المال، ويقاسموا العامل على ربح إن كان. فإن أذنوا له في المقام على قراض أبيهم، كان ذلك عقداً مبتدأ، فلا يخلو حالهم من أحد أمرين: إما أن يكونوا عالمين بقدر المال، أو جاهلين به:

فإن كانوا عالمين بقدره، صح القراض إن كانوا أهل رشد لا يولى عليهم، ولم يتعلق بتركة ميتهم ديون ولا وصايا. وإن كانوا بخلاف ذلك، لم يصح إذنهم.

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢.

ثم إذا صح، فلا يخلو أن يكون قد حصل للعامل فيه ربح قبل موت رب المال، أو لم يحصل:

فإن لم يحصل، فكل المال الذي في يده قراض لورثة ربه. وإن كان قد حصل فيه ربح قبل موت ربه، فهو شريك في المال بحصته من ربحه، ويختص بما يحصل من فضله، ومضارب فيما بقي من الربح مع رأس المال بما شرط له من ربحه.

وإن كان الورثة جاهلين بقدر المال عند إذنهم له بالقراض، ففيه وجهان مخرجان من وجهين نذكرهما من بعد:

أحدهما: أن القراض باطل، لأنه معقود بمال مجهول.

والوجه الثاني: أن القراض صحيح، لأنه مبتدأ بعقد صحيح.

وإن كان مال القراض عند موت ربه عرضاً، فللعامل بيعه من غير استئذان الورثة، ولا يجوز أن يشتري بثمنه شيئاً من غير إذن الورثة، لأن البيع من حقوق العقد الماضي، وليس الشراء من حقوقه إلا بعقد مستأنف.

فإن أذن له الورثة في المقام على قراض أبيهم: فإن كان بعد بيعه للعرض، فقد صار الثمن ناضاً، فيكون كإذنهم له بالقراض والمال ناض. وإن كان قبل بيع العرض، ففي جواز القراض وجهان خرج منهما الوجهان المذكوران:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إن القراض باطل، لأن عقده بالعرض باطل.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إن القراض جائز، لأنه استصحاب لعقد جائز.

فصل: وإن كان الميت منهما هو العامل، فليس لوارثه أن يبيع ولا يشتري، سواء أكان المال ناضاً أو عرضاً.

والفرق بين أن يموت رب المال فيجوز للعامل أن يبيع بغير إذن الوارث، وبين أن يموت العامل فلا يجوز لوارثه إلا بإذن رب المال: إن عقد القراض قد أوجب ائتمان العامل على التصرف في المال، سواء كان المال لربه أو لوارثه، وما أوجب ائتمان وارث العامل

في المال، لا مع ربه، ولا مع وارثه. وإذا كان كذلك، نظر في المال: فإن كان ناضاً استرجع رب المال رأس ماله، واقتسما ربحاً إن كان فيه.

فلو أذن رب المال لوارث العامل في المقام على القراض، صحَّ إن كانا عالمين بقدر المال، ويبطل إن كانا جاهلين بقدره وجهاً واحداً.

والفرق بين هذا حيث بطل بجهالة القدر، وبين أن يموت رب المال فيصح القراض بإذن وارثه للعامل ولا يبطل بجهالة القدر في أحد الوجهين: إن المقصود في القراض المال من جهة ربه، والعمل من جهة العامل. فإن مات رب المال كان المقصود من الأمرين باقياً، فجاز استصحاب العقد المتقدم لبقاء مقصوده، ولم يبطل بحدوث الجهالة فيه. وإذا مات العامل، فقد فات أحد المقصودين، ولم يمكن استصحاب العقد المتقدم، وكان استئناف عقد مع وارثه، فبطل بحدوث الجهالة فيه.

وإن كان مال القراض عند موت العامل عرضاً، لم يجز لوارثه أن ينفرد ببيع العرض من غير إذن ربه لما ذكرنا. فإذا أذن له، باعه واقتسما بعد رد رأس المال الفضل إن كان فيه.

ولو أذن رب المال لوارث العامل أن يقيم على عقد القراض كالعامل، فإن كان بعد بيع العرض والعلم بقدر ثمنه، صحّ. وإن كان العرض باقياً أو ثمنه مجهولاً، بطل وجهاً واحداً لما ذكرنا من الفرق. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَيَبِيعُ مَا كَانَ فِي يَدَيْهِ، مَعَ مَا كَانَ مِنْ ثِيَابٍ أَوْ أَدَاةِ السَّفَرِ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا قَلَّ أَوْ كَثُرَ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ فَضْلٌ كَانَ لِوَارِثِهِ، وَإِنْ كَانَ خُسْرَانٌ كَانَ ذَلِكَ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا بطل القراض بموت أحدهما، وجب بيع كل ما كان من مال القراض من عرض للتجارة أو أداة للسفر.

قال الشافعي: مع ما كان من ثياب، فتمسك بذلك من ذهب أصحابنا إلى أن للعامل أن ينفق على نفسه في سفره من مال القراض، لأنه لو لم يشتر ثياب سفره من مال القراض لم يجز بيعها في القراض، وهو لعمري يجوز التمسك به.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢.

وقد تأوله من ذهب إلى أنه لا نفقة له على ثياب اشتراها العامل للتجارة، أو اشتراها لنفسه، وهي غير متخصصة بسفره.

فإذا بيع جميع ما وصفنا، فلا يخلو ما حصل من ثمن جميعه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون بقدر رأس المال من غير زيادة عليه ولا نقصان منه. فلرب المال أن يأخذه كله، ولا حق للعامل فيه لعدم ربحه.

والقسم الثاني: أن يكون أكثر من رأس المال. فلرب المال أن يأخذ رأس ماله، ثم العامل شريكه في ربحه على مقتضى شرطه في عقده من نصف، أو ثلث، أو ربع.

فلو تلف بعض المال بعد أن صار ناضاً، نظر فيه: فإن كانا قد عينا حق العامل منهما فيه، كان التالف منه تالفاً منهما بالحصص. وإن لم يكونا قد عينا حق العامل فيه، فالتلف منه تالف من الربح وحده، لأن الربح قبل أن يتعين ملك العامل له مرصد لجبران رأس المال.

والقسم الثالث: أن يكون أقل من رأس المال، إما بخسران قد حصل في المال، أو لحادث أتلف شيئاً منه، فيكون ذلك عائداً على رب المال دون العامل، لأن الربح يعود عليهما، والخسران مختص برب المال منهما.

فإن قيل: فهلا كان الخسران عليهما، كما كان الربح لهما؟ قيل: هما في الحكم سواء، وإن عاد الخسران على رب المال، لأن الخسران يعود إليه إلى ما تناوله عقد القراض منهما، والقراض إنما تناول عملاً من جهة العامل، ومالاً من جهة رب المال، فعاد الخسران على العامل بذهاب عمله، وعلى رب المال بذهاب ماله.

فعلى هذا، لو شرطا في عقد القراض تحمل العامل للخسران، كان القراض باطلاً لاشتراطهما خلاف موجبه.

فصل: فأما إذا شرطا جميع الربح لأحدهما، فهما مسألتان:

إحداهما: أن يشترطا جميع الربح لرب المال.

والثانية: أن يشترطا جميع الربح للعامل.

فأما إن اشترطا جميع الربح لرب المال، نظر فيه: فإن لم يقل رب المال عند دفعه أنه قراض، ولكنه قال: خذه فاشتر به وبع ولي جميع الربح، فهذه استعانة بعمله وليس

بقراض، والعامل متطوع بعمله فيه، وجميع الربح لرب المال، ولا أجرة للعامل في عمله.

وإن قال: خذه قراضاً على أن جميع الربح لي، فهذا قراض فاسد، وجميع الربح لرب المال، وفي استحقاق العامل أجرة مثله وجهان:

أحدهما: وهو قول المزني: إنه لا أجرة له، لأنه مع الرضا بأن لا ربح له متطوع بعمله.

والوجه الثاني: وهو قول ابن سريج: إن له أجرة مثله لعمله في قراض فاسد، فصار كالمنكوحة على غير مهر تستحق مع الرضا بذلك مهر المثل.

وأما إن شرطا جميع الربح للعامل، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يقول رب المال: خذه قراضاً على أن جميع الربح لك، فهذا قراض فاسد، وجميع الربح لرب المال على حكم القراض الفاسد. وللعامل أجرة مثله لدخوله على عوض لم يحصل له.

والضرب الثاني: أن يقول: خذه على أن جميع ربحه لك، ولا يصرح في حال الدفع بأنه قراض، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أنه يكون قرضاً وسلفاً، ولا يكون قراضاً لأنه غير منطوق به. فعلى هذا، يكون ضامناً للمال، وجميع الربح له.

والوجه الثاني: أنه يكون قراضاً فاسداً، ولا يكون قرضاً ولا سلفاً لأنه غير منطوق به. فعلى هذا، لا يكون ضامناً للمال، ويكون جميع الربح لرب المال، وللعامل أجرة المثل.

فصل: وإذا دفع رب المال ألفي درهم قراضاً، فتلف أحد الألفين في يد العامل وبقي ألف، فلا يخلو حال تلفها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون تلفها قبل ابتياع العامل بها، فهذا يكون رأس المال فيه الألف الباقية، ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة، لأنها بالتلف قبل التصرف قد خرجت عن أن تكون قراضاً.

والقسم الثاني: أن يكون تلفها بعد أن اشترى بها وباع، ثم تلفت من ثمن ما باع،

فيكون رأس المال كلا الألفين، ويلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة، لأنها بالتصرف الكامل قد صارت قراضاً.

والقسم الثالث: أن يكون تلفها بعد أن اشترى بها عرضاً، وتلف العرض قبل بيعه، ففيه وجهان:

أحدهما: أنها قراض لتلفها بعد التصرف بها في الابتياع. فعلى هذا، يكون رأس المال ألفي درهم، وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف، لأنها قد صارت قراضاً.

والوجه الثاني: أن الألف التالفة لا تصير قراضاً لتلفها قبل كمال التصرف ببيع ما اشترى بها.

فعلى هذا، يكون رأس المال ألف درهم، ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة، لأنها لم تصر قراضاً.

فصل: فإذا دفع رب المال ألف درهم قراضاً، فاشترى العامل بها عروضاً، ثم تلفت الألف قبل دفعها ثمناً، فلا يخلو حال الشراء من أمرين:

أحدهما: أن يكون بعين الألف، فيكون الشراء باطلاً لأن تلف الثمن المعين قبل القبض موجب لبطلان البيع. فعلى هذا، قد بطل القراض، ويسترجع البائع عرضه.

والثاني: أن يكون الشراء في ذمة العامل، ولم يعقده على عين الألف، ففي الشراء وجهان:

أحدهما: يكون للعامل، لأنه لم يبق بيده من مال القراض ما يكون الشراء مصروفاً إليه. وهذا على الوجه الذي يقول فيه: إن ما تلف بعد الشراء وقبل البيع خارج من القراض.

والوجه الثاني: أن الشراء يكون في القراض، لأنه معقود له، وهذا على الوجه الذي يقول: إن ما تلف بعد الشراء وقبل البيع داخل في القراض.

فعلى هذا، يجب على رب المال أن يدفع ألفاً ثانية تصرف في ثمن العرض، يصير رأس المال ألفي درهم، وعلى العامل أن يجبر بالربح الألف التالفة. فلو تلفت الألف الثانية قبل دفعها في ثمن العرض، لزم رب المال أن يدفع ألفاً ثالثة، ويصير رأس المال ثلاثة آلاف درهم، وعلى العامل أن يجبر بالربح كلا الألفين التالفتين.

فصل: وإذا دفع رب المال ألف درهم قراضاً، ثم دفع بعدها ألف درهم أخرى قراضاً، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن ينهاه عن خلط الألف الثانية بالألف الأولى، فهذا جائز، ويكون كل ألف منهما قراضاً مفرداً. سواء كان ما شرطاه من ربحيهما واحداً، أو مختلفاً، ويمنع من خلطهما للشرط ولاختلافهما في العقد.

والقسم الثاني: أن يأمره بخلط الألف الثانية بالألف الأولى، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون شرط الربح منهما مختلفاً. فلا يجوز، لأن اختلاطهما يمنع من تميز ربحهما، ويكون القراض في الألف الثانية باطلاً. فأما الألف الأولى، فإن كان قد اشترى بها عرضاً لم يبطل القراض فيها، لأن العقد بعد الشراء مستقر. وإن كانت بحالها لم يشتريها عرضاً، بطل القراض فيها لأن العقد قبل الشراء بها غير مستقر.

والضرب الثاني: أن يكون شرط الربح منهما متفقاً، قال الشافعي رضي الله عنه فيما نقله البويطي: إنّ كان ذلك قبل الشراء بالألف الأولى صح القراض فيها، وإن كان بعد الشراء صح في الأولى وبطل في الثانية.

وهذا صحيح على ما ذكرناه من التعليل، لأنه لما لم يشتر بالأولى عرضاً فالقراض فيها غير مستقر، فصارت الألفان قراضاً واحداً. وإذا اشترى بها عرضاً، فقد استقر القراض فيها، وصارت الألف الثانية قراضاً ثانياً. وخلط أحد القراضين بالآخر غير جائز، لأنه لا يجوز أن يجبر أحد المالين بالآخر، وهو باختلاطه غير متميز.

والقسم الثالث أن لا يأمره بخلطهما ولا ينهاه، فينظر: فإن كان شرط الربح مختلفاً، فهما قراضان لا يجوز خلط أحدهما بالآخر، ولا يلزمه أن يجبر خسران أحدهما بربح الآخر.

وإن كان شرط ربحهما متفقاً، نظر: فإن كان دفع الألف الثانية بعد الشراء بالألف الأولى، كانا قراضين لا يجوز له خلط أحدهما بالآخر، ولا يلزمه أن يجبر خسران أحدهما بربح الآخر.

وإن كان دفع الألف الثانية قبل الشراء بالألف الأولى، فهما قراض واحد، ويجوز خلط إحدى الألفين بالأخرى، ويلزمه أن يجبر خسران أحدهما بربح الآخر.

فصل: وإذا دفع ألفاً قراضا فعمل بها العامل وخسر مائة درهم، وأخذ رب المال منها مائة درهم، ثم عمل العامل بالباقي فصارت ألفاً وخمسمائة، وأرادا أن يعلما قدر رأس المال ليقتسما الربح، فوجه العمل فيه أن يقال: لما خسر في الألف مائة لزم تقسيطها على التسعمائة، فيكون قسط كل مائة درهم أحد عشر درهماً وتسعاً. فلما استرجع رب المال مائة، تبعها قسطها من الخسران وهو أحد عشر درهماً وتسعاً، وهو القدر المسترجع من الألف، ويبقى رأس المال ثمانمائة وثمانية وثمانين درهماً وثمانية أتساع درهم.

فلو كان قد خسر العامل مائتي درهم واسترجع رب المال مائة درهم، صار رأس المال ثمانمائة وخمسة وسبعين درهماً، لأن قسط كل مائة من الخسران خمسة وعشرون درهماً. ثم على هذا القياس.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ قَارَضَ الْعَامِلُ بِالْمَالِ آخَرَ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ، فَهُوَ ضَامِنٌ فَإِنْ رَبِحَ، فَلِصَاحِبِ الْمَالِ شَطْرُ الرِّبْحِ، ثُمَّ يَكُونُ لِلَّذِي عَمِلَ شَطْرُهُ فِيمَا يَبْقَى. إلى آخر كلام المزني)[1].

قال الماوردي: إعلم أن العامل في القراض ممنوع أن يقارض غيره بمال القراض، ما لم يأذن له رب المال إذناً صحيحاً صريحاً.

وقال أبو حنيفة: إن قال له رب المال عند دفعه: اعمل فيه برأيك، جاز أن يدفع منه قراضاً إلى غيره، لأنه مفوض إلى رأيه، فجاز أن يقارض به لأنه من رأيه.

وهذا خطأ، لأن قوله: اعمل فيه برأيك، يقتضي أن يكون عمله فيه موكولاً إلى رأيه؛ فإذا قارض به كان العمل لغيره. ولأنه لو قارض بجميع المال لم يجز، وإن كان ذلك من رأيه، لعدوله بذلك عن عمله إلى عمل غيره، فكذلك إذا قارض ببعضه.

فإذا تقرر أنه لا يجوز أن يقارض غيره بالمال إلا بإذن صريح من رب المال، فلا يخلو رب المال، من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يأذن له في العمل بنفسه، ولا يأذن له في مقارضة غيره.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢. «قال المزني: هذا قوله قديماً، وأصل قوله الجديد المعروف: أن كل عقد فاسد لا يجوز، وإن جوز حتى يبتدأ بما يصلح. فإن كان اشترى بعين المال. فهو فاسد، وإن كان اشترى بغير العين فالشراء جائز، والربح والخسران للمقارض الأول، وعليه الضمان، وللعامل الثاني أجر مثله في قياس قوله».

والثاني: أن يأذن له في مقارضة غيره، ولا يأذن له في العمل بنفسه.

والثالث: أن يأذن له في العمل بنفسه، وفي ومقارضة غيره.

فأما القسم الأول: وهو أن يأذن له في العمل بنفسه ولا يأذن له في مقارضة غيره، فهو مسألة الكتاب: فإن قارض غيره بالمال، فقد تعدى وصار ضامناً للمال بعدوانه، وأنه كالغاصب، فيكون حكمه فيما حصل له من الربح معتبراً بحكم الغاصب فيما حصل له في المال المغصوب من ربح. والغاصب إذا اشترى بالمال المغصوب عرضاً وأفاد فيه ربحاً، لم يخل عقد ابتياعه من: أن يكون بعين المال، أو بغير عينه:

فإن كان بعين المال، فالشراء باطل لأن العقد على المغصوب باطل، ومع بطلان الشراء يفوت الربح، فلا يحصل للغاصب ولا للمغصوب منه.

وإن كان الشراء في ذمة الغاصب والثمن مدفوع من المال المغصوب، فالشراء صحيح لثبوته في الذمة، والربح مملوك بهذا الابتياع لصحته. وفي مستحقه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم، وبه قال مالك: إن الربح للمغصوب منه دون الغاصب. ووجه ذلك: شيئان:

أحدهما: لما كان ما حدث عن المال المغصوب من ثمار ونتاج ملكاً لربه دون غاصبه، وجب أن يكون ما حدث عنه من الربح ملكاً لربه دون غاصبه، لأنهما معاً نماء عن ملكه.

والثاني: أن كل سبب محظور توصل به إلى ملك مال، كان ذلك السبب المحظور مانعاً من ملك ذلك المال، كميراث القاتل لما كان القتل محظوراً عليه منع من الميراث به لأنه لا يصير الميراث ذريعة إلى القتل، كذلك الغاصب لما كان الغصب محظوراً عليه منع من أن يملك الربح به؛ لأنه لو ملك الربح بغصبه لصار ذريعة إلى الغصب ليرد المال بعد استفادة الربح، فهذا على وجه قوله في القديم.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد، وبه قال أبو حنيفة: إن الربح للغاصب دون المغصوب منه. ووجه ذلك شيئان:

أحدهما: أن كل نماء حدث عن سبب، كان ملك ذلك النماء لمالك ذلك السبب. وربح المال المغصوب حادث عن التقلب، والعمل دون المال، فاقتضى أن يكون ملكاً لمن

له التقلب والعمل دون من له المال، وهو الغاصب دون المغصوب منه. ألا ترى أن الثمار والنتاج لما كانت حادثة عن المال دون العمل، كانت لمن له المال دون من له الغمل، وهو المغصوب منه دون الغاصب؟.

والثاني: أن الغاصب مأخوذ بمثل ما استهلك بغصبه، وهو إنما استهلك المال المغصوب دون الربح، فوجب أن يرد مثل المال المغصوب دون الربح. فهذا توجيه قوله في الجديد.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من القولين في الغاصب، فحكم العامل إذا قارض مبني عليهما، لأنه بالقراض غاصب، فيصير ضامناً للمال، وفي الربح قولان:

أحدهما: وهو القديم: إن ربح المغصوب لرب المال. فعلى هذا، قال المزني ها هنا: إن لرب المال نصف الربح، والنصف الآخر بين العامل الأول والعامل الثاني. واختلف أصحابنا في ذلك:

فكان أبو العباس بن سريج يقول: يجب أن يكون على هذا القول جميع الربح لرب المال، لأنه ربح مال مغصوب، فأشبه المغصوب من غير مقارضة. فإذا أخذ رب المال ماله وربحه كله، رجع العامل الثاني على العامل الأول بأجرة مثله، لأنه هو المستهلك لعمله والعامل له بقراضه.

فلو تلف المال في يد العامل الثاني، كان ربه بالخيار في الرجوع برأس ماله وجميع ربحه على من شاء من العامل الأول أو العامل الثاني، لأن الأول ضامن بعدوانه، والثاني ضامن بيده. فإن أغرم الأول، لم يرجع على الثاني بشيء لأنه أمينه فيما غرمه، وإن أغرم الثاني، رجع على الأول بما غرمه مع أجرة مثل عمله. ولا يلزم رب المال وإن أخذ جميع الربح أن يدفع إلى واحد من العاملين أجرة المثل، لإجراء حكم الغصب عليهما بالمخالفة.

وذهب أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وجمهور أصحابنا: إلى أن ما رواه المزني على هذا القول صحيح، وأن رب المال ليس له من الربح إلا نصفه، بخلاف المأخوذ غصباً محضاً، لأن رب المال في هذا الموضع دفع المال راضياً بالنصف من ربحه، وجاعلاً نصفه الباقي لغيره، فذلك لم يستحق منه إلا النصف.

فأما النصف الباقي، فقد روى المزني: أنه يكون بين العاملين. واختلف أصحابنا في ذلك على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إن هذا خطأ من المزني في نقله، ويجب أن يكون النصف الباقي من الربح للعامل الأول، ولا حق فيه للثاني لفساد عقده، ويرجع على الأول بأجرة مثل عمله، فيجعل الربح بين رب العمل والعامل الأول، ويجعل للثاني أن يرجع بأجرة مثله على الأول.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إن نقل المزني صحيح، ويكون النصف الباقي من الربح بين العاملين نصفين على شرطهما. لأنه لما جرى على العامل الأول حكم القراض مع رب المال، جرى على العامل الأول حكم القراض مع العامل الثاني، فصار النصف الباقي بينهما على سواء، ولا شيء للعامل الثاني على الأول فيما أخذه رب المال من نصف الربح، لأنه باستحقاق رب المال بألف منهما، ويصيرا كأنه لا ربح لهما إلى النصف الباقي، فهذا حكم قوله في القديم.

والقول الثاني: وهو الجديد: إن ربح المال المغصوب للغاصب. فعلى هذا، لا شيء لرب المال في الربح، وله مطالبة أي العاملين شاء برأس ماله، لأن كل واحد منهما ضامن، أما الأول فبعدوانه، وأما الثاني فبيده.

فأما الربح فقد قال المزني: يكون للعامل الأول، وعليه للثاني أجرة مثله. واختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو محكي: أن المزني مخطىء في نقله، و الربح كله للعامل الثاني دون الأول. لأنه إذا صار الربح تبعاً للعمل، وبطل أن يكون تبعاً للمال، وجب أن يكون للثاني الذي له العمل دون الأول الذي ليس له عمل.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إن المزني مصيب في نقله، والربح للعامل الأول دون الثاني، وللثاني عليه أجرة المثل لأنه اشتراه في قراض فاسد، والعامل في القراض الفاسد لا يملك ربحه وإن فسد قراضه، لأنه اشتراه لغيره. وإنما يستحق بفساد العقد أجرة مثله، كمن استأجر أجيراً ليصيد له ويحتش إجارة فاسدة، فصاد الأجير واحتش، كان الصيد والحشيش للمستأجر دون الأجير، لأنه فعل ذلك لمستأجره لا لنفسه، ويرجع عليه بأجرة مثله. فهذا حكم قوله في الجديد. فتخرج في الربح على ما شرحنا من حكم القولين خمسة مذاهب:

أحدها: أن جميع الربح لرب المال ولا شيء فيه للعاملين، وهذا مذهب أبي العباس بن سريج على قوله في القديم.

والثاني: أن نصف الربح لرب المال، والنصف الآخر للعامل الأول، وللعامل الثاني على العامل الأول أجرة مثله. وهذا مذهب أبي إسحاق المروزي على قوله في القديم.

والثالث: أن نصف الربح لرب المال، و النصف الباقي بين العاملين نصفين، وهذا مذهب أبي علي بن أبي هريرة على قوله في القديم.

والرابع: أن الربح كله للعامل الثاني ولا شيء فيه لرب المال ولا للعامل الأول، وهذا مذهب محكي على قوله في الجديد.

والخامس: أن الربح كله للعامل الأول، ولا شيء فيه لرب المال ولا للعامل الثاني، بل يرجع بأجرة مثله على العامل الأول، وهذا مذهب أبي علي بن أبي هريرة على قوله في الجديد.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يأذن له في مقارضة غيره، ولا يأذن له في العمل بنفسه. فهذا وكيل في عقد القراض مع غيره، فلم يجز أن يقارض نفسه، كالوكيل في البيع لا يجوز له أن يبايع نفسه. ثم ينظر: فإن كان رب المال قد عين له من يقارضه، لم يجز أن يعدل عنه إلى غيره، وإن لم يعينه، اجتهد برأيه فيمن يراه أهلاً لقراضه من ذوي الأمانة والخبرة.

فإن قارض أميناً غير خبير بالتجارة لم يجز، وإن قارض خبيراً بالتجارة غير أمين لم يجز، حتى يجتمع الشرطان فيه: الخبرة والأمانة. فإن عدل عما وصفنا، فذلك ضربان:

أحدهما: أن يعدل إلى مقارضة نفسه.

والثاني: أن يعدل إلى مقارضة غير من عينه رب المال.

فإن عدل إلى مقارضة نفسه، فعليه ضمان المال لأن ائتمانه على المال إنما كان على مقارضته على غيره، لا على التجارة به. فصار لأجل ذلك متعدياً ضامناً، ولاحق له في ربح المال، ويكون جميع الربح لرب المال سواء قيل: إن ربح المغصوب يكون لرب المال، أو للغاصب. لأنه إن قلنا: إنه للمغصوب منه، فلا حق له فيه. وإن قلنا: إنه للغاصب، فقد صار بمقارضته نفسه مشترياً لرب المال، فلم يكن له مع القولين معاً حق في الربح. ولا أجرة له على رب المال، لأنه صار متطوعاً بعمل لم يؤمر به.

وإن عدل إلى مقارضة غير من عينه رب المال، كان ضامناً للمال بعدوانه، وكان

العامل فيه ضامناً له بيده. لأن من أقر يده على مال مضمون ضمنه، كمن استودع مالاً مغصوباً، ويكون جميع ربحه لرب المال قولاً واحداً، لأن العامل ما اشترى لنفسه، ولا رجوع للعامل على رب المال بأجرة عمله. وهل يرجع بها على الوكيل الغارّ له أم لا؟ على وجهين مخرجين من اختلاف قولين في الزوج المغرور: هل يرجع من غره بالذي غرمه؟.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يأذن له في العمل بنفسه وفي مقارضة غيره، فيكون بالخيار لمكان الإذن في العمل بنفسه وفي مقارضة غيره. فإن عمل بنفسه صح، وكان الربح مقسوماً بينهما على الشرط. وإن قارض غره كان وكيلاً في عقد القراض معه، وخرج من أن يكون عاملاً فيه، ثم نظر في عقده للقراض مع غيره:

فإن جعل الربح فيه بين رب المال والعامل فيه ولم يشترط لنفسه شيئاً منه، صح القراض، وكان الربح مقسوماً بينهما على الشرط.

وإن شرط لنفسه في الربح سهماً وجعل الربح بينه وبين رب المال والعامل أثلاثاً، كان القراض فاسداً، لأن ربح القراض موزع على المال والعمل، وهو وكيل ليس له مال ولا عمل، فلا يكون له في الربح حق، وصار شرطه منافياً للعقد، فبطل وصار العامل مضارباً في قراض فاسد. فوجب أن يكون الربح كله لرب المال، وعليه للعامل أجرة مثله لجواز مقارضته، وإنما بطل العقد لفساد الشرط. ولا ضمان على الوكيل ولا على العامل، لأن كل واحد منهما غير متعد في المال، وإنما حصل التعدي في العقد.

فصل: فأما تعدي العامل في مال القراض من غير الوجه الذي ذكرنا، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون تعديه فيه لم يؤمر به، مثل إذنه بالتجارة في الأقوات فيتجر في الحيوان، فهذا تعد يضمن به المال ويبطل معه القراض، فيكون على ما مضى في مقارضة غيره بالمال.

والضرب الثاني: أن يكون تعديه لتغريره بالمال. مثل أن يسافر به ولم يؤمر بالسفر، أو يركب به بحراً ولم يؤمر بركوب البحر. فإن كان قد فعل ذلك مع بقاء عين المال بيده، ضمنه، وبطل القراض بتعديه، لأنه صار مع تعديه في عين المال غاصباً.

وإن كان قد فعل ذلك مع انتقال عين المال إلى عروض مأذون فيها، ضمنها بالتعدي، ولم يبطل به القراض لاستقراره بالتصرف والشراء.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ حَالَ عَلَى سِلْعَةٍ فِي الْقِرَاضِ حَوْلٌ وَفِيهَا ربح، ففيها قَوْلَانِ. إلى آخر المزني)[1].

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة في كتاب الزكاة. وصورتها: أن يكون مال القراض ألف درهم، فيحول الحول عليها وقد صارت بربح التجارة ألفي درهم، ففي زكاتها قولان من اختلاف قولين في العامل: هل هو شريك في الربح، أو وكيل مستأجر بحصة من الربح؟.

فأحد القولين: أنه وكيل مستأجر، وحصته من الربح أجرة يملكها بالقبض. فعلى هذا، تكون زكاة الألفين كلها على رب المال لكونه مالكاً لجميعها. ويزكى الربح بحول الأصل لأنه نماء يتبع أصله في الحول، ولرب المال أن يخرج الزكاة من المال إن شاء. ومن أين يخرجها؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: يخرجها من رأس المال، وأصله: أنها وجبت في أصل المال، والربح تبع. فعلى هذا، قد بطل من القراض بقدر ما أخرجه في الزكاة.

والوجه الثاني: أنه يخرجها من الربح دون الأصل، لأنها مؤونة فأشبهت سائر المؤن. فعلى هذا، لا ينفسخ بإخراجها شيء من القراض لبقاء الأصل.

والوجه الثالث: أنه يخرج من الأصل زكاته ومن الربح زكاته، لأنها وجبت فيهما، فلم يختص إخراجها بأحدهما. فعلى هذا، يبطل من القراض بقدر ما أخرج من زكاة الأصل دون الربح.

والقول الثاني: أن العامل شريك يضرب في الربح بسهم الملك. فعلى هذا، يجب

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢ وتتمة المسألة: «أحدهما: أن الزكاة على رأس المال والربح وحصة ربح صاحبه، ولا زكاة على العامل لأن ربحه فائدةٌ. فإن حال الحول منذ قوم، صار للمقارض ربح زكاة مع المال، لأنه خليط بربحه. وإن رجعت السلعة إلى رأس المال، كان لرب المال. والقول الثاني: إنها تزكى بربحها لحولها، لأنه لرب المال ولا شيء للعامل في الربح إلا بعد أن يسلم إلى ربّ المال ماله. (قال المزني): هذا أشبه بقوله، لأنه قال: لو اشترى العامل أباه وفي المال ربح، كان له بيعه. فلو ملك من أبيه شيئاً لعتق عليه، وهذا دليل من قوله على أحد قوليه، وقد قال الشافعي رحمه الله: لو كان له ربح قبل دفع المال إلى ربه، لكان به شريكاً ولو خسر حتى لا يبقى، إلا قدر رأس المال كان فيما بقي شريكاً، لأن من ملك شيئاً زائداً ملكه ناقصاً».

على رب المال أن يخرج زكاة الأصل وحصته من الربح، وذلك ألف وخمسمائة. وفي محل إخراجها الوجوه الثلاثة.

ويجب على العامل أن يخرج زكاة حصته من الربح وذلك خمسمائة، وفي ابتداء حوله وجهان:

أحدهما: من حين ظهور الربح لحدوثه عن ملكهما.

والوجه الثاني: أنه من حين المحاسبة والفضل، لأنه من حينئذ يعلم حال الربح.

وهو في الوجهين معاً يخالف رب المال الذي يزكي الربح بحول الأصل، لأن اجتماع النماء مع أصله يوجب ضمه إليه في حوله، وانفراده عنه يوجب إفراده بحوله. ألا ترى أن النحال إذا كانت مع أمها زكيت بحول أمهاتها، ولو انفردت زكيت بحولها؟.

ثم هل يجوز للعامل أن يخرج زكاة حصته من مال القراض أم لا؟ على وجهين مخرجين من اختلاف قولين في الزكاة: هل وجبت في الذمة أو في العين؟

أحدهما: يجوز، كما يجوز لرب المال إخراجها من المال.

والثاني: لا يجوز، وإن جاز ذلك لرب المال.

والفرق بينهما: أن إخراج رب المال لها من المال يكون من أصل فجاز، وإخراج العامل لها من المال يكون من ربح فلم يجز، والله أعلم.

فصل: فأما ثمار المساقاة إذا وجب العشر فيها، فقد اختلف أصحابنا فيه:

فذهب بعضهم: إلى أنه على قولين كزكاة المال:

أحدهما يكون في حصة رب المال.

والثاني: في حصتيهما معاً، ويستويان في الأداء بها، لأن العشر يجب في حقيهما ببدو الصلاح على سواء.

وقال آخرون منهم: إن العشر فيها مأخوذ منها معاً قولاً واحداً، بخلاف زكاة المال في أحد القولين.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن رب المال لما اختص ببعض المال المزكى وهو الأصل، اختص بتحمل

الزكاة عن الكل. وكما لم يختص رب المال بشيء من الثمرة، لم يتحمل زكاة كل الثمرة.

والفرق الثاني: أن نصيب العامل من ربح المال غير مستقر، لجواز أن يجبر به ما حدث من نقصان الأصل فلم تلزمه زكاته، ونصيبه من الثمرة مستقر لأن الباقي لهما، والتالف منها يلزمه زكاته، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَتَى شَاءَ رَبُّ الْمَالِ أَخَذَ مَالَهُ، وَمَتَى أَرَادَ الْعَامِلُ الْخُرُوجَ مِنَ الْقِرَاضِ فَذَلِكَ لَهُ)[١].

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة مستوفاة، وذكرنا أن كل واحد من رب المال والعامل مخير: بين المقام على القراض، أو فسخه. لأنه عقد جائز وليس بلازم، بخلاف المساقاة اللازمة. لأن الثمرة في المساقاة مؤقتة إلى مدة لو لم يلزم العقد فيها لفسخ رب المال بعد عمل العامل، فيجمع لنفسه بين العمل والثمرة، ويخرج العامل بفوت العمل بغير ثمرة. فلذلك لزمت. وليس القراض كذلك، لأن الربح فيه غير مؤقت بمدة، وقد يحصل بأقل عمل وبأقرب مدة. وإذا فسخ أمكن العامل استدراك عمله، ببيع ما ابتاعه، فلا يفوته ربحه، فلذلك لم يلزم.

قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَهَذِهِ مَسَائِلُ أَجَبْتُ فِيهَا عَلَى قَوْلِهِ وَقِيَاسِهِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ»[٢].

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (مِنْ ذَلِكَ: لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ فَقَالَ: خُذْهَا فَاشْتَرِ بِهَا هروياً أَوْ مروياً بِالنِّصْفِ كَانَ فَاسِداً، لأَنَّهُ لَمْ يُبَيِّنْ فَإِنِ اشْتَرَى فَجَائِزٌ وَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ، وَإِنْ بَاعَ فَبَاطِلٌ لأَنَّ الْبَيْعَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ)[٣].

قال الماوردي: وهذا ما قال. إذا دفع رب المال إلى العامل ألف درهم وقال: اشتر بها هروياً أو مروياً بالنصف، كان فاسداً باتفاق أصحابنا، وإنما اختلفوا في علة فساده على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن علة فساده أنه قال: فاشتر بها هروياً أو مروياً، فلم يبين أحد النوعين من المروي أو الهروي، ولم يجمع بينهما فجعله مشكلاً، والقراض إنما يصح بأن يعم جميع الأجناس، أو يعين بأحد الأجناس.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٢ ـ ١٢٣.
(٢) مختصر المزني: ص ١٢٣.
(٣) مختصر المزني: ص ١٢٣.

والثاني: وهو اختيار أبي علي بن أبي هريرة: أن علة فساده أنه قال: بالنصف، ولم يبين النصف: هل يكون لرب المال أو للعامل؟ قال: واشتراطه نصف الربح لنفسه مبطل للقراض ما لم يبين نصف العامل، واشتراطه نصف الربح للعامل غير مبطل للقراض، فصار القراض بهذا القول متردداً بين الصحة والفساد، فبطل.

والثالث: وهو اختيار أبي إسحاق المروزي: أنه بطل بقوله: فاشتر، ولم يقل: وبع. والقراض إنما يصح بالشراء والبيع، فلذلك بطل.

فإذا تقرر ما وصفنا من اختلاف أصحابنا في علة فساده، فإن اشترى كان الشراء جائزاً لأنه مأمور به، وله أجرة مثله. وإن باع كان البيع باطلاً، لأنه غير مأمور به.

فصل: وإذا قال خذ هذا المال قراضاً ولم يزد على ذلك كان قراضاً فاسداً للجهل بنصيب كل واحد منها من الربح إلا أن شراء العامل وبيعه جائز لأنه أمر بهما لكونهما من موجبات القراض وللعام أجرة مثله.

وحكي عن أبي العباس بن سريج: أن القراض جائز، ويكون الربح بينهما نصفين، لأن ذلك هو الغالب من أحوال القراض، فحمل إطلاقه عليه. وهذا المحكي عنه غير صحيح، لأنه لو جاز ذلك في إطلاق القراض لجاز مثله في البيع إذا أغفل فيه الثمن أن يكون محمولاً على ثمن المثل وهو القيمة، وكذلك في الإجارة وكل العقود.

فأما إذا قال: خذ هذا المال فاشتر به وبع، ولم يزد عليه، فلا خلاف بين أصحابنا: أنه لا يكون قراضاً صحيحاً، ويصح شراء العامل وبيعه. وهل يكون قراضاً فاسداً أو معونة؟ على وجهين:

أحدهما: يكون استعانة بعمله، كما لو قال: اشتر وبع على أن جميع الربح لي. فعلى هذا، لا أجرة للعامل في عمله.

والوجه الثاني: أنه يكون قراضاً فاسداً، لأنه الأغلب من حال أمره وحال قوله، على أن جميع الربح لي لما فيه من التصريح بأن لا شيء له فيه. فعلى هذا، يكون للعامل مثله سواء حصل في المال فضل أو لم يحصل.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ قَالَ: خُذْهَا قِرَاضاً أَوْ مُضَارَبَةً عَلَى مَا شَرَطَ فُلَانٌ مِنَ الرِّبْحِ لِفُلَانٍ، فَإِنْ عَلِمَا ذَلِكَ فَجَائِزٌ، وَإِنْ جَهِلَاهُ أَوْ أَحَدُهُمَا فَفَاسِد)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٣.

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا دفع المال قراضاً من غير أن يسمي في الربح قدراً، وجعله محمولاً على مثل ما قارض به زيد عمراً، فإن علما ما تقارض زيد وعمرو عليه صح قراضهما لأنهما عقداه بمعلوم من الربح؛ إذ لا فرق بين قوله: على أن الربح بيننا نصفين، وبين قوله: على مثل ما قارض به زيد عمراً، وقد علما أنهما تقارضا على أن الربح بينهما نصفين، فلذلك صح القراض في الحالين.

وإن جهلا ما قارض به زيد عمراً، كان القراض باطلاً لجهلهما بقدره، والجهالة بقدر الربح مبطلة للقراض. فإن علما بعد ذلك ما تقارض عليه زيد وعمرو، لم يصح لوقوعه فاسداً.

وهكذا، لو علمه أحدهما حال العقد وجهله الآخر، لم يصح القراض لأن جهل أحد المتعاقدين بالعوض كجهلهما معاً به. فلو قال: خذه قراضاً على ما يقارض به زيد وعمرو، كان باطلاً، لأن زيداً قد يقارض عمراً ولا يقارضه، وقد يقارضه على قليل أو كثير.

وهكذا لو قال: خذه قراضاً على ما يوافقك عليه زيد، لم يجز للجهل بما يكون من موافقته.

وهكذا لو قال: خذه قراضاً على أن لك من الربح ما يكفيك أو يقنعك، لم يجز للجهل بكفايته وقناعته.

فإن اشترى وباع في هذه المسائل كلها صح بيعه وشراؤه، وكان جميع الربح والخسران لرب المال وعليه، وللعامل أجرة المثل.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ قَارَضَهُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَى أَنَّ ثُلُثَ رِبْحِهَا لِلْعَامِلِ، وَمَا بَقِيَ مِنَ الرِّبْحِ فَثُلُثُهُ لِرَبِّ الْمَالِ وَثُلُثَاهُ لِلْعَامِلِ، فَجَائِزٌ لأَنَّ الأَجْزَاءَ مَعْلُومَةٌ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان نصيب كل واحد من رب المال والعامل معلوماً، صح به القراض وإن بعد وطال.

فإذا قال رب المال للعامل: لك ثلث الربح وما بقي فلي ثلثه وثلثاه لك، صح القراض وكان للعامل سبعة أتساع الربح، ولرب المال تسعان، لأن مخرج الثلاثة تسعة وهو

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٣.

مضروب ثلاثة في ثلاثة، فيكون للعامل بالثلث من التسعة ثلاثة، ثم بثلثي ما بقي من التسعة أربعة، فيصير الجميع سبعة أتساع، ويبقى لرب المال تسعان.

غير أننا نستحب لهما أن يعدلا عن هذه العبارة الغامضة إلى ما يعرف على البديهة من أول وهلة، لأن هذه عبارة قد توضع للإخفاء والإغماض، كما قال الشاعر:

لَكِ الثُّلُثَانِ مِنْ قَلْبِي وَثُلُثَا ثُلْثِهِ الْبَاقِي
وَثُلْثَا ثُلْثِ مَا يَبْقَى وَثُلْثُ الثُّلْثِ لِلسَّاقِي
وَتَبْقَى أَسْهُمٍ سِتٌّ تُفَرَّقُ بَيْنَ عُشَّاقِي

فانظر إلى هذا الشاعر وبلاغته وتحسين عبارته، كيف أغمض كلامه، وقسم قلبه وجعله مجزءاً على أحد وثمانين جزءاً هي: مضروب ثلاثة في ثلاثة في ثلاثة في ثلاثة، ليصح منها مخرج ثلث ثلث ثلث الثلث الباقي، فجعل لمن خاطبه أربعة وسبعين جزءاً من قلبه، وجعل للساقي جزءاً، وبقي ستة أجزاء يفرقها فيمن يحب.

وليس للإغماض في معاوضات العقود وجه يرتضى ولا حال تستحب، غير أن العقد لا يخرج به عن حكم الصحة إلى الفساد، ولا عن حال الجواز إلى المنع، لأنه قد يؤول بهما إلى العلم، ولا بجهل عند الحكم.

وهكذا، لو قلب رب المال شرطه فجعل لنفسه ثلث الربح، وثلثي ما يبقى، وجعل الباقي للعامل صحَّ، وكان له سبعة أتساعه، وللعامل تسعان. فلو قال: لي ربع الربح وثلاثة أرباع ما بقي، ولك الباقي صح، وكان الربح مقسوماً على ستة عشر سهماً هي: مضروبة أربعة في أربعة، فيكون لرب المال منها اثنا عشر سهماً، وللعامل أربعة أسهم.

ولو قال: لي ثلث الربح وثلاثة أرباع ما بقي، ولك الباقي صح، وكان الربح مقسوماً على اثني عشر سهماً هي: مضروب ثلاثة في أربعة، ثم يرجع بأنصافها إلى ستة، يكون لرب المال منها خمسة أسهم، وللعامل سهم واحد.

فصل: إذا بين رب المال للعامل حصة أحدهما من الربح دون الآخر، فذلك ضربان:

أحدهما: أن يصرح بذكر القراض عند الدفع.

والثاني: ألا يصرح بذكره.

فإن لم يصرح بذكر القراض، فلا يخلو من: أن يبين نصيب نفسه أو نصيب العامل:

فإن بين نصيب نفسه فقال: خذ هذا المال فاشتر به وبع على أن لي نصف الربح، كان حراماً فاسداً لأن له جميع الربح، فلم يكن في ذكر بعضه بيان.

فإن بين نصيب العامل فقال: على أن لك نصف الربح، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح ويكون قراضاً فاسداً، كما لو بين نصيب نفسه للجهل بحكم الباقي.

والوجه الثاني: أنه يكون قراضاً صحيحاً، ويكون كما لو بين باقي الربح لنفسه، لأنه يستحق كل الربح بالملك، فإذا استثنى منه النصف للعامل، ثبت أن الباقي له النصف.

وأما الضرب الثاني: وهو أن يصرح بذكر القراض في عقده، فلا يخلو من أن يبين نصيب العامل، أو نصيب نفسه:

فإن بين نصيب العامل فقال: خذ هذا المال قراضاً على أن لك نصف الربح، صح القراض وجهاً واحداً لأن باقي الربح بعد استثناء النصف منه إن حمل على حكم المال كان لربه، وإن حمل على حكم القراض فهو بمثابته.

وإن بين نصيب نفسه فقال: خذه قراضاً على أن لي نصف الربح، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: إنه يجوز حملاً على موجب القراض في اشتراكهما في الربح، فصار البيان لنصيب أحدهما دالاً على أن الباقي للآخر.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة: إن القراض باطل، لأنه ذكر لنفسه بعض الربح الذي هو مالك لجميعه، فلم يكن فيه بيان لما بقي.

فعلى هذين الوجهين، لو قال: خذه قراضاً على أن لي نصف الربح ولك ثلث بطل على قول أبي إسحاق وأبي علي للجهل بحكم السدس الباقي، وصح فيه قول أبي العباس، وكان السدس المغفل ذكره لرب المال مضموماً إلى النصف.

فصل: ولو قال: خذ هذه الألف قراضاً على أن الربح بيننا، فعلى قول أبي العباس: القراض جائز، ويكون بينهما نصفين. وعلى قول غيره من أصحابنا: يكون باطلاً، لأنه قد يكون متفاضلاً ومتساوياً، فصار ذلك جهلاً بحصصهما.

فصل: ولو قال: خذ هذا الألف قراضاً ولك ربح نصفها، لم يجز. ولو قال: لك نصف ربحها، جاز.

والفرق بينهما: أنه إذا جعل له ربح نصفها صار منفرداً بربح أحد النصفين من غير أن يكون لرب المال فيه حق، وعاملاً في النصف الآخر من غير أن يكون له فيه حق، وهذا خارج عن حكم القراض، وليس كذلك إذا كان له نصف الكل.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ قَارَضَهُ عَلَى دَنَانِيرَ فَحَصَلَ فِي يَدَيْهِ دَرَاهِمَ، أَوْ عَلَى دَرَاهِمَ فَحَصَلَ فِي يَدَيْهِ دَنَانِيرُ، فَعَلَيْهِ بَيْعُ مَا حَصَلَ حَتَّى يَصِيرَ مِثْلُ مَا لِرَبِّ الْمَالِ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح، وقد ذكرناه. وإن كان رد رأس المال في مثل جنسه وصفته و اجب على العامل، فإذا كان رأس المال دراهم فحصل معه دنانير فعليه بيع الدنانير بالدراهم حتى يحصل معه رأس المال، إذ لا فرق ورأس المال دراهم بين: أن يكون المال عرضاً أو دنانيراً لأنهما معاً من غير جنس رأس المال.

فلو حصل في مال القراض من الدراهم بقدر رأس المال، وكان باقيه من الربح عرضاً، لم يلزم العامل بيعه، لأن رب المال قد وصل إلى رأس ماله، وكانا شريكين في الربح من العرض، ولا يلزم واحد منهما بيعه إلا بالتراضي عليه، وكان حكمهما في قسمته على ما يوجبه حال ذلك العرض من قسمته جبراً أو صلحاً، أو البيع منهما جبراً أو صلحاً.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا دَفَعَ مَالاً قِرَاضاً فِي مَرَضِهِ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ أَنِ اشْتَرَى وَبَاعَ وَرَبِحَ، أَخَذَ الْعَامِلُ رِبْحَهُ، وَاقْتَسَمَ الْغُرَمَاءُ مَا بَقِيَ مِنْ مَالِهِ)[٢].

قال الماوردي: وهذا صحيح. يجوز للمريض أن يدفع مالاً قراضاً لما فيه من تثمير ماله، وسواء قارض العامل على تساو في الربح أو تفاضل، وكان أقلهما سهماً أو أكثر. ويكون ما يصل إلى العامل من كثير الربح من رأس المال دون الثلث، لأنه بيسير الربح واصل إلى ما لم يكن واصلاً إليه لو كف عن القراض.

وهكذا الخلاف فيمن أجر داراً بأقل من أجرة المثل، لأنه قد كان مالكاً للمنفعة، فإذا عاوض عليها في مرضه ببعض الأجرة فقد أتلف ملكه، فكان معتبراً في الثلث، وليس رب المال مالكاً لربح المال الذي صار إلى بعضه، فلذلك كان من رأس المال، والله أعلم.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٣.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢٣.

فصل: فأما المريض إذا ساقى على نخلة في مرضه بأقل السهمين من الثمرة ودون مساقاة المثل في العادة، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه من رأس المال أيضاً، لأنه لم يكن مالكاً للثمرة حين ساقى، كما لم يكن مالكاً للربح حين قارض.

والوجه الثاني: أن ما نقص من سهمه في مساقاة المثل محاباة يعتبر في الثلث.

والفرق بينها وبين القراض: أن ثمرة النخل في المساقاة قد تحصل بغير عمل، وربح المال في القراض لا يحصل إلا بعمل.

فصل: فإذا تقرر صحة القراض من رأس المال في قليل الربح وكثيره، تولى رب المال إن كان حياً محاسبة العامل، واستوفى منه الأصل وحصة الربح. وإن مات، قام غيره مقامه في محاسبة العامل، واستيفاء الحقين من أصل وربح.

فإن مات مفلساً وكثرت ديونه عن ماله، قدم العامل بحصته من ربح المال على سائر الغرماء، لأنه إن كان شريكاً فالشريك لا يدفعه الغرماء عن شركته، وإن كان أجيراً فحقه متعلق بعين المال كالمرتهن، والمرتهن لا يزاحمه الغرماء في رهنه.

وكذا لو أخذ المريض مالاً قراضاً صح، وإن كان بأقل السهمين من الربح، وكان من رأس المال، لأن قليل الربح كسب وليس بإتلاف.

فصل: يجوز لولي اليتيم وأب الطفل أن يدفع من ماله قراضاً إذا رأى ذلك حظاً وصلاحاً لما فيه من تثمير المال، ولا يجوز للولي أن يأخذ القراض لنفسه، لأن الولي لا يجوز أن يعاقد بمال اليتيم مع نفسه، ويجوز للأب أن يفعل ذلك.

ولو أذن السيد لعبده في التجارة، لم يكن له أن يقارض بالمال لأن تصرف العبد مقصور على إذن سيده، ولا للعبد أن يأخذ مالاً قراضاً لأن الإذن مقصور على التجارة بمال سيده.

فأما السفيه فلا يصح معه عقد القراض، لا عاملاً، ولا ذا مال، لفساد عقوده.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ اشْتَرَى عَبْداً وَقَالَ العَامِلُ: اشْتَرَيْتُهُ لِنَفْسِي بِمَالِي، وَقَالَ رَبُّ المَالِ: بَلْ فِي القِرَاضِ بِمَالِي، فَالْقَوْلُ قَوْلُ العَامِلِ مَعَ يَمِينِهِ لأَنَّهُ فِي

يَدِهِ، وَالآخَرُ مُدَّعٍ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ. وَإِنْ قَالَ الْعَامِلُ: اشْتَرَيْتُهُ مِنْ مَالِ الْقِرَاضِ، فَقَالَ رَبُّ الْمَالِ: بَلْ لِنَفْسِكَ وَفِيهِ خُسْرَانٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ مَعَ يَمِينِهِ لأَنَّهُ مُصَدَّقٌ فِيمَا فِي يَدَيْهِ)(١).

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان بيد العامل عبد قد ظهر في مثله فضل، فادعى رب المال أنه مشترى من مال القراض، وقال العامل: بل اشتريته لنفسي، أو قال العامل وفي العبد خسران: إنني اشتريته من مال القراض، وقال رب المال: بل اشتريته لنفسك، فالقول في الحالين قول العامل مع يمينه ما لم يكن لرب المال بينة بخلافه، لأن للعامل أن يشتري لنفسه وللقراض، ولا يتميز ما بين العقدين إلا ببينة، فلزم الرجوع إلى قوله. فإن أقام رب المال بينة بخلافه، فهي ممكنة على إقراره، ونحكم بها عليه.

فأما البينة على عقده أنه عقد بعين مال القراض، ففيها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنها مسموعة يحكم بها عليه، لأن العقد على عين مال القراض لا يكون إلا في القراض.

والوجه الثاني: وهو الأصح عندي: أن البينة بذلك غير مسموعة، لاحتمال أن ينوي بالعقد على العين أن يكون لنفسه فيبطل، ولا يكون في مال القراض.

فصل: وإذا اختلف رب المال والعامل في قدر ما شرطاه من الربح، فقال رب المال: شرطت لك ثلث الربح وباقيه لي، وقال: بل شرطت لي ثلثي الربح وباقيه لك، فإنهما يتحالفان كما يتحالف المتبايعان.

وقال أبو حنيفة: القول قول رب المال مع يمينه.

وهذا فاسد، لأنهما اختلفا في صفة عقد فلم يترجح قول أحدهما على الآخر، ووجب أن يتحالفا، كما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا.

فصل: وإذا اختلف رب المال والعامل في قدر رأس المال، فقال العامل: هو ألف درهم. وقال رب المال: بل هو ألفان، فإن لم يكن ربح فالقول قول العامل مع يمينه. وإن كان في المال ربح بقدر ما ادعاه رب المال من رأس ماله، مثل أن يدعي العامل وقد أحضر ألفي درهم أن أحد الألفين رأس مال وليس فيها ربح، ففيه لأصحابنا وجهان، وعن أبي حنيفة روايتان مخرجتان من اختلاف قولين في العامل: هل هو وكيل، أو شريك؟

(١) مختصر المزني: ص ١٢٣.

أحدهما: أن القول قول رب المال، إذا قيل: إن العامل وكيل مستأجر، وهذا قول زفر بن الهذيل.

والثاني: أن القول قول العامل إذا قيل: إنه شريك مساهم، وهذا قول محمد بن الحسن، وهو أصح الوجهين في اختلافهما، لأن قوله نافذ فيما بيده.

فعلى هذا الوجه، لو أحضر ثلاثة آلاف درهم، وذكر أن رأس المال منها ألف والربح ألفان، وقال رب المال: رأس المال منها ألفان والربح ألف، حكم بقول العامل، واقتسما الألفين ربحا، وجعل رأس المال ألفاً.

فلو قال العامل وقد أحضر ثلاثة آلاف درهم: رأس المال منها ألف، والربح ألف، والألف الثالثة لي أو وديعة في يدي، أو دين علي في قراض، وادعاها رب المال ربحا، فالقول قول العامل مع يمينه لمكان يده.

مسالة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ الْعَامِلُ اشْتَرَيْتُ هَذَا الْعَبْدَ بِجَمِيعِ الأَلْفِ الْقِرَاضِ، ثُمَّ اشْتَرَيْتُ الْعَبْدَ الثَّانِي بِتِلْكَ الأَلْفِ قَبْلَ أَنْ أَنْقُدَ، كَانَ الأَوَّلُ فِي الْقِرَاضِ، وَالثَّانِي لِلْعَامِلِ، وَعَلَيْهِ الثَّمَنُ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. ليس للعامل أن يشتري في القراض بأكثر من مال القراض. فإذا كان مال القراض ألفاً، فاشترى بالعبد ألفاً، منع من شراء غيره في القراض، لأن ما اشتري في القراض مقدر بمال القراض.

فإن اشترى عبداً ثانياً بألف ثانية قبل نقد الألف الأولى في العبد الأول، كان عليه أن يدفع الألف التي بيده في العبد الأول، سواء كان اشتراه بعينها أو بغير عينها، ثم ينظر في العبد الثاني:

فإن كان اشتراه بعين تلك الألف المستحقة في العبد الأول، كان شراؤه باطلاً لاستحقاقها في غيره. وإن لم يشر بعين تلك الألف، كان الشراء لازماً له لا القراض، وعليه أن ينفذ عليه من ماله. فإن فعل، فلا ضمان عليه من مال القراض، ولا عدوان عليه في شراء الثاني.

وإن فقد الألف الأولى في ثمن الثاني ضمنها، وعليه أن يدفع من ماله ألفاً مثلها في

(١) مختصر المزني: ص ١٢٣.

ثمن الأول، ويبرأ بدفعها إلى البائع الأول من ضمانها لرب المال، لأن دفعها مستحق عليه لعقد القراض الذي هو من جهة رب المال، فصار كأنه دافع لها بإذن رب المال. ثم القراض في العبد الأول على صحته، لأن تعدي العامل في ثمنه المستحق لبائعه لم يخرجه من مال القراض.

وإذا اشترى العامل في مال القراض عبداً فقتل في يده، فإن كان القتل خطأ أخذت القيمة من قاتله، وكانت في مال القراض. وإن قتل عمداً، فلرب المال والعامل أربعة أحوال:

إحداها: أن يجتمعا على أخذ قيمته، فذلك جائز لهما، والقراض بحاله فيما أخذاه من قيمته.

والحال الثانية: أن يجتمعا على القصاص من قاتله، فذلك لهما ويكون ذلك محسوباً على رب المال من رأس ماله، ويبطل القراض فيه، سواء ظهر في المال ربح بقدر قيمته أم لا. كما لو أمر رب المال بشراء ابنه، كان ثمن ابنه من رأس ماله خارجاً من القراض، ولا يلزم العامل في حصته شيء من قيمته.

والحال الثالثة أن يدعو العامل إلى القصاص من قاتله ويمتنع رب المال منه، فالقول قول رب المال، وليس للعامل استهلاك ماله عليه. فإن بذل له العامل ثمنه ليقتص من قاتله، لم يلزم رب المال الإجابة إليه، وكان ذلك عفواً من رب المال عن القصاص.

والحال الرابعة: أن يدعو رب المال إلى القصاص من قاتله ويمتنع العامل. فإن لم يظهر في ثمنه فضل عند قتله، فلا حق للعامل في منع رب المال من القصاص، كما أنه لا حق له في قيمته من ربح.

فإذا اقتص رب المال منه، كان ثمنه محسوباً عليه من رأس ماله، وبطل فيه القراض. وإن كان في ثمنه فضل، فهل يسقط القصاص عن قاتله بعفو العامل أم لا؟ على وجهين من اختلاف قولين في العامل: هل هو شريك أو وكيل؟

أحدهما: أنه يسقط عنه القصاص إذا قيل إنه شريك في فضل ثمنه، كما يسقط القصاص بعفو بعض الأولياء.

والثاني: أن القصاص لا يسقط إذا قيل: إنه وكيل، لكن له مطالبة رب المال بحصته من فاضل ثمنه، ورب المال على حقه في الاقتصاص من قاتله.

مسالة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ نَهَى رَبُّ الْمَالِ الْعَامِلَ أَنْ يَشْتَرِيَ وَيَبِيعَ وَفِي يَدَيْهِ عَرَضٌ اشْتَرَاهُ، فَلَهُ بَيْعُهُ وَإِنْ كَانَ فِي يَدَيْهِ عَيْنٌ فَاشْتَرَى، فَهُوَ مُتَعَدٍّ، وَالثَّمَنُ فِي ذِمَّتِهِ، والرِّبْحُ لَهُ وَالْوَضِيعَةُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ اشْتَرَى بِالْمَالِ بِعَيْنِهِ، فَالشِّرَاءُ بَاطِلٌ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ، وَيَتَرَادَّانِ حَتَّى تَرْجِعَ السِّلْعَةُ إِلَى الاوَّلِ فَإِنْ هَلَكَتْ فَلِصَاحِبِهَا قِيمَتُهَا عَلَى الأَوَّلِ، وَيَرْجِعُ بِهَا الأَوَّلُ عَلَى الثَّانِي، وَيَتَرَادَّانِ الثَّمَنَ الْمَدْفُوعَ)(١).

قال الماوردي: وهذا صحيح. فقد ذكرنا إن الشراء بمال القراض موقوف على خيار مالكه، والبيع حق للعامل. فإذا منع رب المال من الشراء، لم يكن للعامل أن يشتري، فإن اشترى بعين المال بطل، وصار ضامناً للثمن بدفعه، والبائع ضامن له بقبضه، ورب المال مخير في مطالبة من شاء منهما.

فإن أغرم العامل رجع العامل به على البائع، ورجع البائع عليه بسلعته إن كانت باقية، أو بقيمتها إن كانت تالفة.

وإن أغرم البائع لم يرجع البائع بغرامة الثمن، ورجع بسلعته إن بقيت، وبقيمتها إن تلفت.

وإن كان العامل عند نهي رب المال عن الشراء قد اشترى في ذمته، صح الشراء له، لا في مال القراض، ومنع من دفع ثمنه من مال القراض. فإن دفعه منه، ضمنه كما قلنا لو عينه.

فأما بيع ما بدل العامل من عروض القراض، فهو حق له لا يمتنع منه بمنع رب المال له بما يستحقه من فضل ثمنه الذي لا يحصل له إلا ببيعه.

فصل: فإذا سُرق المال من يد العامل، أو جحده إياه من عامل، فهو بريء من ضمانه. وهل يكون خصماً في المطالبة به من غير توكيل من مالكه، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: يكون خصماً فيه ووكيلاً في المطالبة، لأن عقد القراض قد ضمنه.

والوجه الثاني: وهو قول الأكثر من أصحابنا: أنه لا يكون خصماً فيه ولا مستحقاً للمطالبة به، إلا بتوكيل من ربه لخروجه بذلك عن عمل القراض، وإنما عمل العامل مقصور على البيع والشراء.

(١) مختصر المزني: ص ١٢٣.

وقول أبي العباس أشبه بالصواب، لأن عقد القراض موجب على العامل استيفاء ماله وحفظ أصله، ألا تراه لو استرجع المال من سارقه، وقبضه من جَاحِدِه كان قراضاً بمتقدم عقده؟.

مسالة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ الْعَامِلُ: رَبِحْتُ أَلْفاً ثُمَّ قَالَ غَلِطْتُ، أَوْ خِفْتُ، نَزْعَ الْمَالِ مِنِّي فَكَذِبْتُ، لَزِمَهُ إِقْرَارُهُ وَلَمْ يَنْفَعْهُ رُجُوعُهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا ذكر العامل أن الربح في القراض ألف، فطالبه بنصفها، فزعم أنه أخطأ في الإقرار بها، أو خاف انتزاع المال من يده فكذب فيها، فإن علم رب المال بصدقه فيما قاله لم يمنعه مطالبته، وإن لم يعلم كان له مطالبته، والعامل راجع في إقراره فلم يقبل رجوعه.

فإن سأل العامل إحلاف رب المال أنه يستحق عليه ما كان أقر به من الربح، فإن ذكر شبهة محتملة استحق بها إحلاف رب المال، وإن لم يذكر شبهه ففي إحلافه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج وابن علي بن خيران: أن له إحلافه لإمكان قوله.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: ليس له إحلافه لما تقدم من إقراره.

فأما إن ادعى العامل تلف الربح من يده كان قوله مقبولاً، وعليه اليمين إن كذبه رب المال لأنه أمين.

وهكذا لو ادعى أنه جبر بالربح خسراناً من بعد، قبل قوله لاحتماله، وعليه اليمين إن كذبه.

مسالة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوِ اشْتَرَى العَامِلُ أَوْ بَاعَ بِمَا لاَ يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ، فَبَاطِلٌ وَهُوَ لِلْمَالِ ضَامِنٌ)[2].

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن تصرف العامل في القراض موضوع لتثميره وتنميته، فيلزمه في بيوعه وأشربته شرطان:

أحد شرطي شرائه: أن يشتري ما يرجو منه فضلاً وربحاً، إما في الحال، أو في ثاني

(١) مختصر المزني: ص ١٢٣.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢٣.

حال، فإن اشترى ما يعلم أن لا فضل فيه في الحال، ولا في ثاني حال، لم يجز لعدم الربح المقصود به.

والشرط الثاني: أن يكون الشراء إما مسترخصاً إن كان بيعه في الحال، أو بثمن مثله إن كان يتوقع فيه ربحاً في ثاني حال.

فإن اشتراه بأكثر من ثمن مثله، نظر: فإن كان العين فيه يسيراً قد يتغابن الناس بمثله، كان معفواً عنه لأن العقود لا تخلو غالباً منه. وإن كان كثيراً لا يتغابن الناس بمثله، لم يجز، ثم ينظر في العقد: فإن كان بعين المال بطل. وإن كان في الذمة، كان الشراء لازماً لا في مال القراض.

وأما بيعه فبشرطين:

أحدهما: أن يتوقع به تناهي أسعاره المعهودة ليستكمل به الربح المقصود.

والشرط الثاني: أن يستوفي أوفر الأثمان الموجودة، لأن بها محل بربح مقصود.

فإن باعه بأقل من ثمن مثله نظر فيما غبن به: فإن كان يسيراً قد يتغابن الناس بمثله، كان معفواً عنه لأن العقود لا تخلو غالباً منه. وإن كان كثيراً لا يتغابن الناس بمثله لم يجز، وكان البيع باطلاً، ولا ضمان عليه ما لم يقبض، فإن قبض ضمن، وفي قدر ما يضمنه قولان ذكرناهما في غير موضع.

أحدهما: وهو أصحهما: أنه يضمن جميع القيمة.

والثاني: أنه يضمن ما قصر فيه من نقص القيمة. ولا يبطل عقد القراض لاستقراره بتصرفه.

مسالة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوِ اشْتَرَى فِي القِرَاضِ خَمْراً أَوْ خِنْزِيراً أَوْ أُمَّ وَلَدٍ، دَفَعَ الثَّمَنَ، فَالشِّرَاءُ بَاطِلٌ، وَهُوَ لِلْمَالِ ضَامِنٌ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ)[1].

لا يجوز للعامل أن يشتري بمال القراض ما لا يصح شراؤه، ولا يجوز تملكه من الوقوف والعضوب وأمهات الأولاد، وكذلك الخمور والخنازير، سواء كان العامل أو رب المال مسلماً أو نصرانياً.

وقال أبو حنيفة: إن كان العامل نصرانياً صح شراؤه للخمر والخنزير، وأمر رب المال أن يتصدق بحصته من ربحه.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٣.

وهذا فاسد، لأن ما لا يصح أن يشتريه المسلم لم يصح أن يشتريه النصراني كالميتة والدم، ولأنه عقد يمنع من شراء الميتة والدم، فوجب أن يمنع فيه من شراء الخنزير والخمر، كالمسلم.

وإذا صح ما وصفناه من فساد هذا الشراء، فلا ضمان على العامل ما لم يدفع مال القراض في ثمنه، وإن دفعه ضمنه.

قال الشافعي: وأكره للمسلم أن يدفع إلى النصراني مالاً مضاربة، ولا أكره للمسلم أن يأخذ من النصراني مالاً مضاربة. وهذا صحيح، لأن المسلم أظهر أمانة من النصراني وأصح بيوعاً. والله أعلم.

فصل: يجوز للرجل أن يقارض بماله رجلين، وللرجلين أن يقارضا بمالهما رجلاً أو رجلين، لأنه عقد على منفعة، فصح مع الواحد والجماعة كالوكالة والإجارة. وإذا صح ذلك، ففيه ثلاثة فصول:

أحدها: أن يقارض رجل واحد بماله رجلين على أن له نصف الربح، والنصف الباقي بين العاملين، فهذا جائز. وهكذا لو شرط لنفسه ثلثي الربح، والثلث الباقي بينهما أثلاثاً لأحدهما بعينه ثلثاه وللآخر ثلثه، جاز وكان الربح مقسوماً على تسعة: لرب المال ستة أسهم، ولصاحب ثلثي الباقي سهمان، ولصاحب الثلث سهم.

فصل: والفصل الثاني: أن يقارض رجلان بمالهما رجلاً واحداً وهما في المال سواء، فهذا على أربعة أقسام:

أحدها: أن يشترطا له من مالهما شرطاً واحداً، ويكونا في باقي الربح على سواء، فهذا الربح جائز، مثاله أن يقولا: لك ثلث الربح من جميع المال، والباقي منه بيننا نصفين، فيصير الربح بين ثلاثتهم أثلاثاً. ولو جعلا له نصف الربح من جميع المال والباقي بينهما نصفين، كان الربح بينهم أرباعاً: للعامل سهمان، ولكل واحد من صاحبي المال سهم.

والقسم الثاني: أن يشترطا له شرطاً مختلفاً، ويكونا في الباقي على سواء، فهذا باطل. مثاله: أن يقولا: لك ثلث الربح من حصة أحدنا، وربعه من حصة الآخر، وباقي الربح بيننا بالسوية. فهذا باطل، لأنه إذا أخذ من حصة أحدهما الثلث بقي له من ربعه ثلثاه،

وإذا أخذ من الآخر الربع بقي له من ربعه ثلاثة أرباعه، فلم يجز أن يشترطا له التساوي فيما يتفاضلان فيه.

والقسم الثالث: أن يشترطا له شرطاً واحداً ويكونا في الباقي متفاضلين، فهذا باطل مثاله: أن يقولا: لك ثلث الربع من المالين، والباقي بيننا أثلاثاً، فهذا باطل لأن الباقي لكل واحد منهما من ربعه ثلثاه، فلم يجز أن يشترطا التفاضل فيما يتساويان فيه.

والقسم الرابع: أن يشترطا له شرطاً مختلفاً، ويكون الباقي مختلفاً على مقتضى شرطهما فيما يأخذه العامل منهما، فهذا جائز، مثاله: أن يقولا: لك من حصة أحدنا بعينه ثلث ثلث الربح، وباقي ربحه له، ومن حصة الآخر ثلثا ثلث الربح وباقي ربحه له جاز وكان الربح مقسوماً على ثمانية عشر سهماً: للعامل بالحقين ستة أسهم، سهمان منها بثلث الثلث، وأربعة أسهم بثلثي الثلث، ولصاحب المال الباذل من حقه ثلث الثلث سبعة أسهم، وللآخر الباذل من حقه ثلثي الثلث خمسة أسهم.

فصل: **والفصل الثالث:** أن يقارض رجلان بمالهما رجلين، فهذا ينقسم على ثمانية أقسام يدل عليها ما تقدم من الأقسام.

وإذا صرفت فكرك إليها، وصحت لك متقابلة، وفي أجزاء أقسامها نبينه على ما تقدمه منها. وهو أن يكون صاحب المال زيد وعمرو، والعاملان زيد وعمرو، فيجعل زيد لزيد من ربح المال ثلث الثلث، ولعمرو ثلث السدس، والباقي من ربح حصته لنفسه. ويجعل عمرو لعمرو من ربح المال ربع الثلث، ولزيد ربع السدس، والباقي من ربع حصته لنفسه فيصح، ويكون الربح مقسوماً بينهم على اثنين وسبعين سهماً. لأن مخرج ثلث السدس من ثمانية عشر يدخل فيها مخرج ثلث الثلث، ومخرج ربع السدس من أربعة وعشرين يدخل فيها مخرج ربع الثلث، والعددان يتفقان بالأسداس، فكان سدس أحدهما في جميع الأجزاء اثنين وسبعين سهماً، منها: لزيد العامل من حصة زيد بثلث الثلث ثمانية أسهم، ومن حصة عمرو بربع السدس ثلاثة أسهم، فصار له من الحصتين أحد عشر سهماً، ثم لعمرو والعامل من عمرو بربع الثلث ستة أسهم من حصة زيد بثلث السدس أربعة أسهم، فصار له من الحصتين عشرة أسهم، ثم لزيد صاحب المال بالباقي من ربح حصته أربعة وعشرون سهماً، ثم لعمرو صاحب المال بالباقي من ربح حصته سبعة وعشرون سهماً، ولولا أن في استيفاء أقسام هذا الفصل المسألة تذهب نشاط القارىء وتستكد فكر المتأمل لاستوفيتها، وإن كان فيما ذكرته من هذا القسم كفاية لمن يفهم. وبالله التوفيق.

الْمُسَاقَاةُ[1]

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (سَاقَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرَ عَلَى أَنْ نِصفَ الثَّمَرَ لَهُمْ، وَكَانَ يَبْعَثُ عَبْد اللَّه بن رَوَاحَةَ فَيَخرِص بَيْنَهُ وَبيْنَهُمْ ثُمَّ يَقُولُ: إِنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ، وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي. الفصل)[2].

قال الماوردي: أما المساقاة فهي المعاملة على النخل والشجر ببعض ثمره، وفي تسميتها بذلك ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنها سميت بذلك، لأنها مفاعلة على ما يشرب بساق.

والثاني: أنها سميت بذلك، لأن موضع النخل والشجر سمي سقياً، فاشتقوا اسم المساقاة منه.

والثالث: أنها سميت بذلك لأن غالب العمل المقصود فيها هو السقي، فاشتق اسمها منه.

---

(١) في المختصر: المساقاة مجموعة من إملاء ومسائل شتّى جمعتها منه لفظاً. قال النووي في الروضة: ٤/ ٢٢٦: «هي أن يعامل إنساناً على شجرة ليتعهدّها بالسقي والتربية، على أن ما رزق الله تعالى من الثمرة، يكون بينهما» وهي مأخوذة لغةً من السقي، بسكون القاف.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢٣، وتتمة الفصل (قال الشافعي): ومعنى قوله في الخرص: إن شئتم فلكم وإن شئتم فلي أن يخرص النخل كله كأنه خرصها مائة وسق وعشرة أوسق، وعشرة أوسق رطباً، ثم قدر أنها إذا صارت تمراً نقصت عشرة أوسق، فصحت منها مائة وسق تمراً فيقول: إن شئتم دفعت إليكم النصف الذي ليس لكم الذي أنا فيه قيم لأهله، على أن تضمنوا لي خمسين وسقاً تمراً من تمر يسميه ويصفه، ولكم أن تأكلوها وتبيعوها رطباً كيف شئتم، وإن شئتم فلي أن أكون هكذا مثلكم، وتسلكون إلي نصفكم، وأضمن لكم هذه المكيلة». والحديث الوارد في المسألة، هو لابن عمر: أخرجه البخاري في الإجارة (٢٢٨٥) بلفظ «أعطى رسول الله ﷺ خيبر اليهود أن يعملوها ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها، والحرث والمزارعة (٢٣٣١) والشركة (٢٤٩٩) والمغازي (٤٢٤٨). ومسلم في المساقاة (١٥٥١) (١) و (٢) و (٣) والترمذي (١٣٨٣) وابن ماجة (٢٤٦٧) والبيهقي ٦/ ١١٣ ـ ١١٥ وأبو داود (٣٤٠٨) و (٣٤٠٩). وفي حديث عائشة عند أبي داود (٣٤١٣) «أنه كان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص النخل حين يطيب، قبل أن يؤكل منه»، ومن حديث ابن عباس (٣٤١٠).

والمساقاة جائزة لا يعرف خلاف بين الصحابة والتابعين في جوازها، وهو قول كافة الفقهاء إلا أبا حنيفة وحده دون أصحابه فإنه تفرد بإبطالها، وحكي عن النخعي كراهتها.

واستدل من نصر قول أبي حنيفة على إبطال المساقاة، بنهي رسول الله ﷺ «عن الغرر»[1]، وغرر المساقاة متردد بين ظهور الثمرة وعدمها، وبين قلتها وكثرتها، فكان الغرر فيه أعظم، فاقتضى أن يكون بإبطالها العقد أحق. ولأنه عقد على منافع أعيان باقية، فامتنع أن يكون معقوداً ببعضها كالمخابرة. ولأنه عقد تناول ثمرة لم تخلق، فوجب أن يكون باطلاً، كما لو استؤجر على عمل بما تثمره هذه النخلة في القابل. ولأن المساقاة إجارة على عمل جعلت الثمر فيه أجرة، والأجرة لا تصح إلا أن تكون معينة، أو ثابتة في الذمة، وما تثمره نخل المساقاة غير معين، ولا ثابتة في الذمة، فوجب أن تكون باطلة. ولأن ما منع من المساقاة فيما سوى النخل والكرم من الشجر من جهالة الثمر، منع منها من النخل والكرم لجهالة الثمر.

ودليلنا: رواية الشافعي رضي الله عنه، عن مسلم بن خالد، عن عبد الله بن عمر يحدث، عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حِينَ افْتَتَحَ خَيْبَرَ قَالَتِ الْيَهُودُ: نَحْنُ نَقُومُ لَكُمْ بِالْعَمَلِ فِي النَّخْلِ، قَالَ: فَدَفَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَيْهِمْ يَعْمَلُونَهَا وَيَقُومُونَ بِهَا، عَلَى أَنَّ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ شَطْرَ الثَّمَرِ وَلَهُمُ الشَّطْرُ، فَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَبْعَثُ مَنْ يَخْرِصُهَا عَلَيْهِمْ، فَيَأْخُذُونَهَا وَيُؤَدُّونَ الشَّطْرَ»[2].

وروى الشافعي رضي الله عنه: عن مالك، عن ابن شهاب، عن ابن المسيب، أن رسول الله ﷺ قال لليهود حين افتتح خيبر: «أُقِرُّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ، عَلَى أَنَّ الثَّمَرَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ» وكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة، فيخرص بينه وبينهم، ثم يقول: «إِنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي»[3] فكانوا يأخذونه.

فدلت مساقاة النبيّ ﷺ لأهل خيبر، وإن كانت مستفيضة يستغني عن نقل، على جواز المساقاة على نخل. واعترضوا على الاستدلال بهذا الخبر من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن النبيّ ﷺ عقدها على أن يقرهم ما أقرهم الله تعالى، والمساقاة لا تصح على هذا الوجه حتى تعقد على مدة معلومة. والجواب عنه من وجهين:

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) حديث ابن عمر: سبق تخريجه.

(٣) حديث سعيد بن المسيب: أخرجه مالك في الموطأ كتاب المساقاة (١٤١٢) (١) من طبعة دار الفكر.

أحدهما: أن النبيّ ﷺ إنما عقده على هذا لأن النسخ في زمانه ممكن، وعلمه بما أقرهم الله تعالى مثاب، ثم نسخ هذا الشرط. ونسخ بعض شرائط الشيء لا يوجب نسخ باقية.

والجواب الثاني: أن النبي ﷺ إنما شرط ذلك في عقد الصلح لا في عقد المساقاة.

فإن قيل: فلم يذكر المدة؟. قيل: إنما اقتصر الراوي على نقل ما يدل على صحة العقد، ولم ينقل شروط العقد.

والسؤال الثاني: إن قالوا: إن أهل خيبر عبيد يسترقون لا تصح مساقاتهم، وإنما هي مخارجة، ألا ترى «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اصْطَفَى صَفِيَّةَ مِنْ سَبْيِهِمْ»؟[1] وعليه ثلاثة أجوبة:

أحدها: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَالَحَهُمْ عَلَى إِقْرَارِ الأَرْضِ وَالنَّخْلِ مَعَهُمْ، وَضَمَّنَهُمْ شَطْرَ الثَّمَرَةِ، وصلح العبيد وتضمينهم لا يجوز.

والثاني: أن عمر رضي الله عنه أجلاهم عن الحجاز[2]، وإجلاء عبيد المسلمين لا يجوز.

والثالث: أنهم لو كانوا عبيداً لتعين مالكوهم، ولاقتسموا رقابهم. فأما صفية، فإنها كانت من الذرية دون المقاتلة.

والسؤال الثالث: إن قالوا: إن الأرض والنخل كانت باقية على أملاكهم، وإنما شرط عليهم شطر ثمارهم جزية. وعنه جوابان:

أحدهما: ما روي أن النبيّ ﷺ مَلَكَ أَرْضَهُمْ وَكُلَّ صَفْرَاءَ وَبَيْضَاءَ[3]. أَلاَ تَرَى أَنَّ عُمَرَ

---

(١) حديث عائشة: كانت صفية في الصفي: عند أبي داود في الخراج (٢٩٩٤) والبيهقي ٦/ ٣٠٤ والحاكم ٣/ ٣٩. وفي حديث أنس (٢٩٩٥) قال: قدمنا خيبر، فلما فتح الله تعالى الحصن، ذكر له جمال صفية بنت حُيَيّ، وقد قتل زوجها وكانت عروساً فاصطفاها رسول الله ﷺ لنفسه». (٢٩٩٨) «جمع السبي بخيبر... وأن النبي ﷺ أعتقها فتزوجها..» وستأتي المسألة، في الفيء والنكاح.

(٢) حديث ابن عمر: أن عمر قال: «أيها الناس أن رسول الله ﷺ كان عامل يهود خيبر على أنّا نخرجهم إن شئنا، فمن كان له مال فليلحق به. فإني مخرج يهود، فأخرجهم» عند أبي داود (٣٠٠٧) والبيهقي ٦/ ١١٤.

(٣) حديث ابن عباس قال: «افتتح رسول الله ﷺ خيبر واشترط أن له الأرض وكل صفراء وبيضاء» عند أبي داود (٣٤١٠) و (٣٤١١) و (٣٤١٢) والصفراء والبيضاء: الذهب والفضة. والبيهقي ٦/ ١١٥.

قَالَ: يَارَسُولَ اللَّهِ إِنِّي مَلَكْتُ مَائَةَ سَهْمٍ مِنْ خَيْبَرَ وَهُوَ مَالٌ لَمْ أُصِبْ قَطّ مِثْلَهُ، وَقَد أَحْبَبْتُ أَنْ أَتَقَرَّبَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى بِهِ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ «حَبِّسِ الأَصْلَ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ»؟[1].

والثاني: أن عمر رضي الله عنه أجلاهم عنها، ولا يجوز أن يجليهم عن أملاكهم.

ثم يدل على جواز المساقاة إجماع الصحابة المنعقد عن سيرة أبى بكر وعمر رضي الله عنهما في مساقاة أهل خيبر بعد رسول الله ﷺ اتباعاً له، إلى أن حدث من إجلائهم ما حدث.

ثم الدليل من طريق المعنى هو: أنها تنمى بالعمل عليها، فإذا لم يجز إجارتها، جاز العمل عليها ببعض نمائها كالدراهم والدنانير في القراض.

ثم الاستدلال بالقراض من وجهين:

أحدهما: ذكره أبو علي بن أبي هريرة: أن الأمة مجمعة على جواز القراض، وما انعقد الإجماع عليه فلا بد أن يكون حكمه مأخوذاً عن توقيف أو اجتهاد يرد إلى أصل، وليس في المضاربة توقيف نص عليه، فلم يبق إلا اجتهاد أدى إلى إلحاقه بأصل، وليس في المضاربة في الشرع أصل ترد إليه إلا المساقاة. وإذا كانت المساقاة أصلاً لفرع مجمع عليه، كانت أحق بالإجماع عليه.

والثاني: ذكره أبو حامد الإسفراييني، وهو: أنه لما جازت المضاربة إجماعاً وكانت عملاً على عوض مظنون من ربح مجوز، كانت المساقاة أولى بالجواز لأنها عمل على عوض معتاد من ثمرة غالبة.

فأما الجواب عن «نهيه ﷺ عن الغرر» فمن وجهين:

أحدهما: أن المساقاة ليست غرراً، لأن الغرر ما تردد بين جائزين على سواء، أو بترجح الأخوف منهما، والأغلب من الثمرة في المساقاة حدوثها في وقتها في العرف الجاري في مثلها.

---

(١) حديث ابن عمر: بلفظ «إن شئت حبست أهلها وتصدّقت بها، على أن لا يباع ولا يوهب، ولا يورّث...» أخرجه البخاري في الشروط (٢٧٣٧) والوصايا (٢٧٧٢) و (٢٧٧٣) ومسلم في الوصية (١٦٣٢) والترمذي (١٣٧٥) وأبو داود (٢٨٧٨) والبيهقي ١٥٨/٦ ـ ١٥٩ وأحمد ٢/ ١٢ ـ ١٣.

والوجه الثاني: أن المساقاة وإن دخلت في عموم الغرر المنهى عنه، فقد صارت مستثناة بالنص الوارد في إباحتها.

وأما الجواب عن قياسهم على المخابرة، فهو: أنه قياس يدفع إحدى السنتين بالأخرى. ولو جاز أن نقيس المساقاة على المخابرة في المنع منها، لجاز أن نقيس المخابرة على المساقاة في جوازها، ولكن اتباع السنة فيما جاءت به من إجازة المساقاة وإبطال المخابرة أولى من أن ترد إحدى السنتين بالأخرى. ثم الفرق بين المساقاة والمخابرة من وجهين.

أحدهما: أنه لما أمكن التوصل إلى منفعة الأرض بالإجارة، لم تصحّ فيها المخابرة. ولما لم يمكن التوصل إلى منفعة النخل بالإجارة صحت فيها المساقاة.

والثاني: أن النماء في النخل والكرم، حادث بالعمل من تلقيح النخل وقطع الكرم، فجاز أن يصح العمل فيها ببعض نمائها كالقراض. وليس النماء في الأرض حادثاً عن العمل، وإنما هو حادث عن البذر المودع في الأرض، فلم يصح العمل فيها ببعض النماء، كالمواشي.

وأما الجواب عن قياسهم على البيع وأنه عقد على ما لم يخلق، فهو: أن العقد وقع على النخل المخلوقة، وكانت الثمرة التي لم تخلق تبعاً كالقراض الذي يعقد على مال موجود، فيصح ويكون الربح المعدوم تبعاً، وليس كالبيع الذي صار العقد فيه مختصاً بمعدوم لم يخلق.

وأما الجواب عن قياسهم على الإجارة إذا جعلت الأجرة فيها ثمرة لم تخلق، فهو: أن الإجارة لما صح عقدها على معلوم موجود، لم يجز عقدها على معدوم ولا مجهول. ولما لم يصح عقد المساقاة على موجود معلوم، جاز عقدها على معدوم ومجهول.

وفرق آخر: وهو أن العوض في الإجارة يملكه الأجير بعد أن استقر عليه ملك المستأجر، فلم يصح أن يستأنف ملك مجهول بعوض. وليس كذلك المساقاة، لأن الثمرة تحدث على ملك العامل ورب المال، فجاز أن تحدث في ملكه مال مجهول؛ ولهذا منعنا على الأصح أن تكون الثمرة أجرة، فلم يصح لأجله الاستدلال بجهالة الأجرة، وكان ذلك جواباً عنه.

واما الجواب عن استدلالهم بما لا تصح فيه المساقاة من الشجر، فيأتي الكلام فيه ما يكون فرقاً وجواباً. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا سَاقَى عَلَى النَّخْلِ أَوْ العِنَبِ بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ، فَهِيَ الْمُسَاقَاةُ الَّتِي سَاقَى عَلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ. وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ أَرْضاً بَيْضَاءَ عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا الْمَدْفُوعَةُ إِلَيْهِ، فَمَا أَخْرَجَ اللَّهُ مِنهَا مِنْ شَيْءٍ فَلَهُ جُزْءٌ مَعْلُومٌ، فَهَذِهِ المُخَابَرَةُ الَّتِي نَهَى عَنْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَلَمْ تُرَدّ إِحْدَى السُّنَّتَيْنِ بِالأُخْرَى)[1].

قال الماوردي: اعلم إن المساقاة من العقود اللازمة، بخلاف المضاربة.

والفرق بينهما: أن نماء النخل في المساقاة متأخر عن العمل، فكان في ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل. ونماء المال في المضاربة متصل بالعمل، فلم يكن في ترك لزومه تفويت للعمل بغير بدل، فلذلك انعقد لازماً في المساقاة، وجائزاً في المضاربة. وإذا كان كذلك، فصحة العقد فيها معتبرة بأربعة شرائط:

فالشرط الأول: أن تكون النخل معلومة، فإن كانت مجهولة بأن قال: قد ساقيتك أحد حوائطي، أو على ما شئت من نخلي، كان باطلاً لأن النخل أصل في العقد، فبطل بالجهالة، كالبيع.

فلو ساقاه على نخل غائب بشرط خيار الرؤية، فقد اختلف أصحابنا فيه، فخرجه بعضهم على قولين كالبيع. وذهب آخرون منهم، وهو الأصح: إلى فساد العقد قولاً واحداً، وفرقوا بين المساقاة والبيع: بأن البيع يعري عن الغرور، فإذا دخل عليه غرر العين الغائبة بخيار الرؤية قوي على احتماله فصح فيه. وعقد المساقاة غرر، فإذا دخل عليه غرر العين الغائبة، ضعف على احتماله فبطل فيه.

وإذا لم يكن يجوز إلا على معين مشاهد، فإن كان عند عقد المساقاة لا ثمرة عليها، صح العقد. ولو أثمرت من وقته، إن كانت عند عقد المساقاة مثمرة، فقد قال المزني رضي الله عنه: إن كان ذلك قبل بدو الصلاح جاز، وإن كان بعده لم يجز.

وقال أبو ثور: إن احتاجت إلى القيام بها حتى يطيب جاز، وإن لم يحتج لم يجز.

وقال أبو يوسف، ومحمد: إن كانت تزيد جاز، وإن كانت لم تزد لم يجز.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٣.

فأما الشافعي فقد حكي عنه في الإملاء جوازه من غير تفصيل، لأنه لما جازت المساقاة على ثمرة معدومة كان جوازها بالمعلومة أولى. ولعل هذا على قوله في العامل: إنه أجير. والمشهور من مذهبه والأصح على أصله: أن المساقاة باطلة بكل حال، وقد حكى البويطي ذلك عنه نصاً. لأن علة جوازها عنده أن لعمله تأثيراً في حدوث الثمرة، كما أن للعمل المضارب تأثيراً في حصول الربح، ولو حصل ربح المال قبل عمل العامل لم يكن له فيه حق كذلك المساقاة.

فلو ساقاه على النخل المثمرة على ما يحدث من ثمرة العام المقبل، لم يجز لأنه قد يتعجل العمل فيها استصلاحاً لثمرة قائمة من غير بدل.

فصل: والشرط الثاني: أن يكون نصيب العامل من الثمرة معلوماً بجزء شائع فيها من نصف أو ربع أو عشر، قل ذلك الجزء أو كثر، كالمضاربة: فإن جهل نصيبه بأن جعل له ما يرضيه أو ما يكفيه أو ما يحكم به الحاكم، لم يجز للجهل به. وهكذا لو جعل له منها مائة صاع مقدرة، لم يجز للجهل به من جملة الثمرة، وأنه ربما كان جميعها أو سهماً يسيراً منها.

فلو قال: قد ساقيتك على هذه النخل سنة، ولم يذكر قدر نصيبه من ثمرها، فقد حكي عن أبي العباس بن سريج: جوازها وجعل الثمرة بينهما نصفين بالسوية، حملاً لها على عرف الناس في المساقاة، وتسوية بينهما في الثمرة.

وهذا خطأ لأن ترك ذكر العوض في العقد لا يقتضي حمله على معهود الناس عرفاً كالبيع والإجارة، مع أن العرف فيه مختلف.

فإذا قال: عاملتك على هذه النخل سنة، ولم يذكر قدر نصيبه منها، لم يجز عند أبي العباس بن سريج لأنه ليس للمعاملة عنده عرف. ولو قال ساقيتك على مثل ما ساقى زيد عمراً، فإن علما قدر ذلك جاز، وإن جهلاه أو أحدهما لم يجز.

ويجوز أن يساقيه في السنين كلها على نصيب واحد، مثل أن يقول: عليّ أن لك في السنين كلها النصف. ويجوز أن يكون النصيب مختلفاً، فيكون له في السنة الأولى النصف، وفي الثانية الثلث، وفي الثالثة الربع.

ومنع مالك من اختلاف نصيب العامل في كل عام حتى يساوي نصيبه في جميع

الأعوام. وهذا خطأ، لأن ما جاز أن يكون العوض في أحواله متفقاً، جاز أن يكون مختلفاً كالبيع والإجارة.

فإذا علم نصيب العامل ورب المال، فمذهب الشافعي رضي الله عنه: أن العامل شريك في الثمرة بقدر حصته. وقد خرج قول آخر: إنه أجير كالمضارب، ويختص رب المال بتحمل الزكاة دون العامل. والأصح: أنه شريك تجب الزكاة عليهما إن بلغت حصة كل واحد نصاباً، فإن كانت حصة كل واحد أقل من نصاب وجملة الثمرة نصاباً ففي وجوب الزكاة قولان من اختلاف قوليه في الخلطة في غير المواشي: هل يكون كالخلطة في المواشي؟.

فأما سواقط النخل من السعف والسرخ والليف، فهو لرب النخل لأنه ليس من مألوف النماء، ولا مقصود النخل. فإن شرطه العامل لنفسه، بطل العقد لاختصاصه بما لا يشاركه رب المال فيه. وإن شرطاه بينهما، ففي المساقاة وجهان:

أحدهما: جائزة، لأنه نماء كالثمرة.

والوجه الثاني: باطلة، لأنه ليس من معهود النماء ولا مقصوده.

فصل: والشرط الثالث: أن تكون المدة معلومة. وقال بعض أصحاب الحديث: يجوز إطلاقها من غير أن تقدر بمدة معلومة، لأن النبي ﷺ ما قدر لأهل خيبر مدة، وقال: «أُقِرُّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ».

وقال أبو ثور: إن قدرت بمدة لزمت إلى انقضائها، وإن لم تقدر بمدة صحت، وكانت على سنة واحدة.

وكلا القولين خطأ، لأن ما لزم من عقود المنافع تقدرت مدته كالإجارة.

فإذا كانت المدة المعلومة شرطاً فيها، فأقلها مدة تطلع فيها الثمرة وتستغني عن العمل. ولا يجوز أن يقدرها بذلك حتى يقدرها بالشهور التي قد أجرى الله تعالى العادة بأن الثمار تطلع فيها اطلاعاً متناهياً. فإن تأخر اطلاع الثمرة فيها بحادث ثم اطلعت بعد تقضيها، فعلى الأصح من المذهب: في أن العامل شريك تكون الثمرة بينهما. وإن انقضت مدة المساقاة قبل اطلاعها، لأن ثمرة هذا العام حادثة على ملكهما، ولا يلزمه العمل بعد انقضاء المدة، وإن استحق الثمرة إلا فيما اختص بالثمرة من تأبير وتلقيح.

وإن قيل: بأن العامل أجير، فلا حق له في الثمرة الحادثة بعد انقضاء المدة وانقطاع العمل، ولا يستهلك عمله بغير بدل، فيحكم له حينئذ بأجرة المثل. فأما أكثر مدة المساقاة فيأتي.

فصل: والشرط الرابع في صيغة العقد، وهو: أن يعقداه بلفظ المساقاة، فيقول: ساقيتك، لأن ألفاظ العقود سبعة من أسمائها لينتفي الاحتمال عنها.

فإن عقداه بلفظ الإجارة بأن قال: استأجرتك للعمل فيها، كان العقد باطلاً، لأن الإجارة فيها لا تصح. فإذا عقدا بلفظ الإجارة، انصرف إليهما فبطل.

وإن لم يعقداه بواحدة من اللفظتين، وقال: قد عاملتك عليها بالعمل فيها على الشرط من ثمرها، ففيه وجهان:

أحدهما: أن العقد صحيح، لأن هكذا يكون عقد المساقاة.

والوجه الثاني: أن العقد باطل، لأن هذا من أحكام العقد، فلم ينعقد به العقد. وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا في البيع إذا عقد بلفظ التمليك.

فصل: فإذا اشتمل العقد على شروطه المعتبرة فيه صح، ولم يجز أن يشرط فيه خيار الثلاث. واختلف أصحابنا: هل يثبت فيه خيار المجلس، أم لا؟ على وجهين كالإجارة.

ويجوز أن يستوثق فيه بالشهادة، ولا يجوز أن يستوثق فيه بالرهن والضمان، لأنه عقد غير مضمون.

ثم يؤخذ العامل بالعمل المشروط عليه، فإن لم يعمل في النخل حتى أثمرت كان له نصيبه من الثمرة إن قيل: إنه شريك، ولا شيء له فيها إن قيل: إنه أجير، ولرب النخل أن يأخذ العامل جبراً بالعمل للزوم العقد.

فإن أراد العامل أن يساقي غيره عليها مدة مساقاته، جاز بمثل نصيبه فما دون، كالإجارة. ولا يجوز بأكثر من نصيبه لأنه لا يملك الزيادة.

والفرق بين المساقاة حيث كان للعامل أن يساقي عليها، وبين المضاربة حيث لم يجز للعامل أن يضارب بها: إن تصرف العامل في المضاربة تصرف في حق رب المال، لأن العقد ليس بلازم، فلم يملك إلا ما بات عليه في تصرفه، وتصرف العامل في المساقاة تصرف في حق نفسه للزوم العقد، فملك الاستنابة في تصرفه.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَالْمُسَاقَاةُ جَائِزَةٌ بِمَا وَصَفْتُ فِي النَّخْلِ وَالْكَرْمِ دُونَ غَيْرِهِمَا، لأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلاةُ والسَّلاَمُ أَخَذَ صَدَقَةَ ثمرتها بالخرص، وَثَمَرُهُمَا مُجْتَمِعٌ بَائِنٌ مِنْ شَجَرِهِ لاَ حَائِلَ دُونَهُ يَمْنَعُ إِحَاطَةَ النَّاظِرِ إِلَيْهِ، وَثَمَرُ غَيْرِهِمَا مُتَفَرِّقٌ بَيْنَ أَضْعَافِ وَرَقٍ لاَ يُحَاطُ بِالنَّظَرِ إِلَيْهِ، فَلاَ تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ إِلاَّ عَلَى النَّخْلِ وَالْكَرْمِ)(١).

قال الماوردي: وجملة الشجر من النبات مثمراً على ثلاثة أقسام:

قسم لا يختلف مذهب الشافعي رضي الله عنه في جواز المساقاة عليه، وهو: النخل والكرم.

وقال داود: المساقاة جائزة في النخل، دون الكرم.

وحكي عن الليث بن سعد: جواز المساقاة فيما لم يكن بعلاً من النخل، ومنع منها في البعل من النخل وفي الكرم. وكلا القولين خطأ.

واختلف أصحابنا في جواز المساقاة في الكرم: هل قال به الشافعي رضي الله عنه نصاً أو قياساً؟ فقال بعضهم: بل قال به نصاً، وهو ما روي «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَاقَى فِي النَّخْلِ وَالْكَرْمِ».

وقال آخرون: وهو الأشبه، أنه قال به قياساً على النخل من وجهين ذكرهما:

أحدهما: اشتراكهما في وجوب الزكاة فيهما.

والثاني: بروز ثمرهما، وإمكان خرصهما.

فصل: والقسم الثاني: ما لا يختلف مذهب الشافعي رضي الله عنه في بطلان المساقاة فيه، وهو: المقاثي، والبطاطخ، والباذنجان، والعلف.

وحكي عن مالك جوازها في ذلك كله ما لم يبد صلاحه بحدوث ثمرها مرة بعد مرة.

وهذا خطأ، لأن ما لم يكن شجراً ثابتاً فهو بالزرع أشبه، والمخابرة على الزرع باطلة، فكذلك ما أشبه الزرع من القثاء والبطيخ، والموز وقصب السكر.

فصل: والقسم الثالث: ما كان شجراً ففي جواز المساقاة عليه قولان:

أحدهما: وبه قال في القديم، وهو قول أبي ثور: إن المساقاة عليه جائزة. ووجهه:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٣ ـ ١٢٤.

أنه لما اجتمع في الأشجار معنى النخل من بقاء أصلها والمنع من إجارتها، كانت كالنخل في جواز المساقاة عليها، مع أنه قد كان بأرض خيبر شجر لم يرو عن النبي ﷺ إفرادها عن حكم النخل، ولأن المساقاة مشتقة الاسم مما يشرب بساق.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد، وهو قول أبي يوسف: إن المساقاة على الشجر باطلة، اختصاصاً بالنخل والكرم، لما ذكره الشافعي من المعنيين في الفرق بين النخل والكرم، وبين الشجر:

أحدهما: اختصاص النخل والكرم بوجوب الزكاة فيهما دون ما سواهما من جميع الأشجار.

والثاني: بروز ثمرهما وإمكان خرصهما دون غيرهما من سائر الأشجار.

فأما إذا كان بين النخل شجر قليل فساقاه عليهما، صحت المساقاة فيهما، وكان الشجر تبعاً، كما تصح المخابرة في البياض الذي بين النخل، ويكون تبعاً.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَتَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ سِنِينَ)[١].

قال الماوردي: قد مضى الكلام في أقل مدة المساقاة. فأما أكثر مدتها فكالإجارة في أكثر مدتها، وقد اختلف قول الشافعي رضي الله عنه في أكثر مدة الإجارة على قولين:

أحدهما: لا يجوز إلا سنة، لزيادة الغرر فيما زاد على السنة.

والقول الثاني: يجوز سنين كثيرة.

قال الشافعي رضي الله عنه: يجوز ثلاثين سنة. فمن أصحابنا من جعل الثلاثين حداً لأكثر المدة اعتباراً بظاهر كلامه. وذهب سائرهم، وهو الصحيح: إلى أن قوله: «ثلاثين سنة» ليس بحد لأكثر المدة، ولهم فيه تأويلان:

أحدهما: أنه قاله مثالاً على وجه التكثير.

والثاني: أنه محمول على ما لا يبقى أكثر من ثلاثين سنة.

فعلى هذا، في أن الإجارة تجوز سنين كثيرة، فهل ذكر أجرة كل سنة منها لازم فيها؟ على قولين:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٤.

أحدهما: يلزم أن يبين أجرة كل سنة منها.

والثاني: لا يلزم. فأما المساقاة، فأحد القولين: أنها لا تجوز أكثر من سنة واحدة، كما لا تجوز الإجارة أكثر من سنة.

والقول الثاني: تجوز سنين كثيرة يعلم بقاء النخل إليها، كما تجوز الإجارة سنين كثيرة.

وهل يلزم ذكر نصيب العامل في كل سنة؟ فيها قولاً واحداً. وفرقا بينهما وبين الإجارة: بأن ثمار النخل مختلفة باختلاف السنين، ومنافع الإجارة لا تختلف.

فصل: فلو ساقاه على نخلة عشر سنين على أن له ثمرة سنة منها، لم يجز سواء عين السنة أو لم يعينها لأنه إن لم يعينها. كانت مجهولة، وإن عينها فقد شرط جمع الثمرة فيها.

ولو جعل له نصف الثمرة في سنة من السنين العشرة، إن لم يعينها بطلت المساقاة للجهل بها، وإن عيَّنها نظر: فإن كانت غير السنة الأخيرة بطلت المساقاة، لأنه قد شرط عليه بعد حقه من الثمرة عملاً لا يستحق عليه عوضاً، وإن كانت السنة الأخيرة، ففي صحة المساقاة وجهان:

أحدهما: أنها صحيحة، كما يصح أن يعمل في جميع السنة، وإن كانت الثمرة في بعضها.

والوجه الثاني: أنها باطلة، لأنه يعمل فيها مدة تثمر فيها، ولا يستحق شيئاً من ثمرها. وبهذا المعنى خالف السنة الواحدة.

فصل: وإذا ساقاه عشر سنين فاطلعت ثمرة السنة العاشرة بعد تقضيها، لم يكن للعامل في ثمرة تلك السنة حق لتقضي مدته، وزوال عقده. ولو اطلعت قبل تقضي تلك السنة، ثم تقضت والثمرة لم يبد صلاحها وهي بعد طلع أو بلح، كان له حقه منها لحدوثها في مدته.

فإن قيل: إنه أجير، فعليه أن يأخذ حقه منها طلعاً أو بلحاً، وليس له استيفاء حقه إلى بدو الصلاح.

وإن قيل: إنه شريك، كان له استيفاؤها إلى بدو الصلاح وتناهي الثمرة.

فصل: وإذا ساقاه على النخل فاطلعت بعد قبض العامل لها وقبل عمله فيها، استحق نصيبه من تلك الثمرة لحدوثها في يده. ولو اطلعت قبل قبضه وتصرفه فيها، فإن قيل: إنه

أجير، لم يكن له في تلك الثمرة نصيب لارتفاع يده. وإن قيل: إنه شريك، استحق نصيبه من تلك الثمرة لأنها بعد العقد حادثة عن ملكهما، وعلى العامل أجرة مثل ما استحق نصيبه من تلك الثمرة لأنها بعد العقد حادثة عن ملكهما، وعلى العامل أجرة مثل ما استحق عليه من العمل فيها. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا سَاقَاهُ عَلَى نَخْلٍ وَكَانَ فِيهِ بَيَاضٌ لَا يُوصَلُ إِلَى عَمَلِهِ إِلَّا بِالدُّخُولِ عَلَى النَّخْلِ، وَكَانَ لَا يُوصَلُ إِلَى سَقْيِهِ إِلَّا بِشِرْكِ النَّخْلِ فِي المَاءِ، فَكَانَ غَيْرَ مُتَمَيِّزٍ، جَازَ أَنْ يُسَاقَى عَلَيْهِ مَعَ النَّخْلِ لَا مُنْفَرِداً وَحْدَهُ. وَلَوْلَا الْخَبَرُ فِيهِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ دَفَعَ إِلَى أَهْلِ خَيْبَرِ النَّخْلَ عَلَى أَنَّ لَهُمُ النِّصْفَ مِنَ النَّخْلِ وَالزَّرْعِ وَلَهُ النِّصْفُ، وَكَانَ الزَّرْعُ كَمَا وَصَفْتُ بَيْنَ ظَهْرَانِي النَّخْلِ، لَمْ يَجُزْ ذَلِكَ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. والمخابرة هي دفع الأرض إلى من يزرعها على الشطر من زرعها.

فإذا كان للرجل أرض ذات نخل فيها بياض، فساقاه على النخل وخابره على البياض، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون البياض منفرداً عن النخل، ويمكن سقي النخل والتوصل إلى صلاحه من غير تعرض للبياض ولا تصرف فيه، فلا تصح المخابرة عليه سواء قلّ البياض أو كثر، وسواء أفرده بالعقد أو جعله تبعاً للمساقاة، لأنه إذا استغنى عنه في المساقاة تميز بحكمه وانفرد عن غيره، فبطل العقد فيه.

والضرب الثاني: أن يكون البياض بين النخل، ولا يتوصل إلى سقي النخل إلا بسقيه والتصرف فيه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون يسيراً.

والثاني: أن يكون كثيراً.

فإن كان يسيراً، جاز أن يخابره عليه مع مساقاته على النخل، تبعاً لرواية عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنه «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ وَزَرْعٍ»[٢] ولأنه قد يجوز في توابع العقد ما لا يجوز أن يفرد بالعقد، كالثمرة التي لم يبد

(١) مختصر المزني: ص ١٢٤.

(٢) حديث ابن عمر: سبق تخريجه.

صلاحها يجوز أن تباع تبعاً للنخل من غير شرط، ولا يجوز بيعها مفردة بغير شرط. وكالحمل واللبن في الضرع، يجوز بيعهما تبعاً، ولا يجوز بيعهما مفرداً. ولأن الضرورة داعية إلى المخابرة عليه إذا كان تبعاً لئلا يفوت العمل فيه بغير بدل، ولا تدعو الضرورة إلى إفراده بالعقد.

وإن كان البياض كثيراً يزيد على النخل، ففي جواز المخابرة عليه تبعاً وجهان:

أحدهما: يجوز، كاليسير للضرورة الداعية إلى التصرف فيه.

والوجه الثاني: لا يجوز، لأن اليسير يكون تبعاً للكثير، ولا يكون الكثير تبعاً لليسير.

فصل: فإذا صحت المخابرة على بياض الأرض تبعاً للمساقاة على النخل، فلا يخلو من: أن يجمع بينهما في، العقد أو يفردهما:

فإن جمع بينهما في العقد، فساقاه في العقد الواحد على النخل، وخابره على البياض، فلا يخلو قدر العوض فيهما من: أن يتساوى، أو يتفاضل.

فإن تساوى فقال: قد ساقيتك على النخل وخابرتك على البياض على النصف من الثمرة والزرع، صح العقد فيهما. وإن تفاضل العوض فيهما فقال: قد ساقيتك على النخل وخابرتك على البياض على نصف الثمرة وثلث الزرع، أو على ثلث الثمرة ونصف الزرع، فقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: وهو قول البغداديين: يجوز، كما لو تساوى العرض فيهما.

والوجه الثاني: وهو قول البصريين: إنه لا يجوز، لأنهما إذا تفاضلا تميزا ولم يكن أحدهما تبعاً للآخر ولا متبوعاً.

فإن أفرد كل واحد منهما بعقد فساقاه على النخل في عقد، وخابره على البياض في عقد آخر، فهو على وجهين:

أحدهما: وهو قول البغداديين: يجوز، لأنه تبع للأصل فلم يؤثر فيه إفراده بالعقد.

والوجه الثاني: وهو قول البصريين: إنه لا يجوز، لأن العقود المنفردة لا يكون بعضها تبعاً لبعض.

وعلى هذين الوجهين، اختلفوا فيمن اشترى نخلاً ذات ثمرة لم يبد صلاحها، ثم اشترى الثمرة في عقد آخر بغير شرط القطع:

فأحد الوجهين: جوازه، لأنه تبع لأصل صار إلى مشترٍ واحد، فصار كما لو جمعهما في عقد واحد.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز، لتفرد كل عقد بحكمه.

فإن قيل: فإذا جوزتم المخابرة على البياض تبعاً للمساقاة على النخل، فهلا جوزتم إجارة النخل والشجر تبعاً لإجارة الأرض؟.

قيل: الفرق بينهما: أن المساقاة والمخابرة لا تتجانسان لأنهما أعيان تؤخذ من أصول باقية، فجاز العقد عليهما تبعاً لتجانسهما. وإجارة النخل والأرض مختلفتان، لأن منافع الإجارة في الأرض آثار، ومنافع الإجارة في النخل أعيان، فلم يجز العقد عليهما تبعاً لاختلافهما.

فصل: ولو كان بين نخل المساقاة زرع لرب النخل كالموز والبطيخ وقصب السكر وغير ذلك من الحبوب، فساقاه على النخل والزرع معاً على أن يعمل فيهما بالنصف منها، ففيه وجهان:

أحدهما: تجوز المساقاة في الزرع تبعاً للمساقاة في النخل، كما تجوز المخابرة تبعاً.

والوجه الثاني: أن المساقاة في الزرع لا تجوز تبعاً، وإن جازت المخابرة تبعاً.

والفرق بينهما: أن المساقاة على الزرع هي استحقاق بعض الأصل، والمخابرة على الأرض لا يستحق فيها شيء من الأصل.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَيْسَ لِلْمُسَاقِي فِي النَّخْلِ أَنْ يَزْرَعَ الْبَيَاضَ إِلاَّ بِإِذْنِ رَبِّهِ، فَإِنْ فَعَلَ فَكَمَنْ زَرَعَ أَرْضَ غَيْرِهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. لا يجوز للعامل في المساقاة أن يزرع البياض الذي بين النخل، إلا بعقد من مالكه، أو إذن من جهته.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٤.

وقال مالك: له أن يزرع البياض بغير إذن مالكه إذا كان أقل من الثلث، استدلالاً بأن ما كان تبعاً للعقد دخل فيه بغير شرط، كالحمل واللبن في الضرع.

وهذا خطأ. لأن العقود لا يدخل فيها إلا المسمى بها، وليس كل ما صح دخوله فيها تبعاً بشرط، دخل فيها تبعاً بغير شرط. ألا ترى أن مال العبد يصح دخوله في العقد تبعاً بشرط، ولا يدخله تبعاً بغير شرط، وكذلك الثمرة المؤبرة تتبع النخل بشرط، ولا تتبعها بغير شرط؟.

وفارق ذلك الحمل واللبن، لأنهما مما لا يجوز العقد عليهما مفرداً بوجه، فجاز أن يكونا تبعاً لأصلهما بغير شرط. وليس كذلك مال العبد والثمرة، لأن إفراد العقد عليهما قد يجوز على وجه، فلم يجز أن يتبع أصله بغير شرط. كذلك بياض الأرض لما جاز أن يفرد العقد عليه بالإجارة، لم يجز أن يكون تبعاً بغير شرط.

فصل: فإذا تقرر أن ليس للعامل زرعه بغير إذن ربه، فزرعه، فهو كمن زرع أرض غيره غصباً، فيكون لرب الأرض أن يأخذه بقلعه، ولا يجبر على تركه لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»، وليس له أن يجبر الزارع على أخذ قيمة زرعه، سواء كان قلع الزرع مضراً بأرضه أم لا.

وقال أبو حنيفة: إن كان قلعه مضراً بالأرض أجبر الزارع على أخذ قيمته مقلوعاً، استدلالاً برواية عطاء عن رافع أن النبي ﷺ قال: «مَنْ زَرَعَ فِي أَرْضِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ وَلَهُ نَفَقَتُهُ»(١).

ودليلنا: قوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»(٢).

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَيْءٌ» فمن وجهين:

أحدهما: أن معناه، ليس له منه شيء إذا روضي على أخذ قيمته.

---

(١) حديث رافع بن خديج: أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٦٦) وقال: هذا حديث حسن غريب. لا نعرفه من حديث أبي إسحاق إلا من هذا الوجه، من حديث شريك بن عبد الله. وسألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال: هو حديث حسن.

أخرجه أبو داود (٣٤٠٣) وابن ماجة (٢٤٦٦) والبيهقي (٦/ ١٣٦) وأحمد ٤/ ١٤١.

(٢) سبق تخريجه.

والثاني: أنه ليس له حق في استيفائه.

وقوله: «وله نفقته» أي: زرعه، ويحتمل أن يكون معناه: أن نفقته هي من ماله لا يرجع بها على غيره.

فإن قيل: إذا جعلتم ولد الأمة من زنا لسيدها دون الزاني بها لعدوانه، لزمكم أن تجعلوا زرع الغاصب لرب الأرض دون الغاصب لعدوانه.

قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن زرع الغاصب من بذره يقيناً فجعل له، وولد الزاني من مائه ظناً لا يقيناً فلم يجعله له.

والثاني: أن بذر الزارع مال مملوك تجوز المعاوضة عليه، فصار ما حدث عنه ملكاً للغاصب، وليس ماء الزاني موصوفاً بالملك، ولا تجوز عليه المعاوضة، فلم يصر ما حدث عنه ملكاً للزاني.

فصل: فإذا تقرر أن لا حق لرب الأرض في الزرع، فلا يخلو حال رب الأرض والزارع من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يتراضيا على ترك الزرع إلى أوان الحصاد، فيجوز، ويؤخذ الزارع بأجرة المثل.

والثاني: أن يتراضيا على قلع الزرع بقلاً، فيجوز، ويؤخذ الزارع بأجرة المثل إلى حين قلعه، وبأرش نقصه إن حدث.

والثالث: أن يختلفا فيدعو الزارع إلى استيفائه إلى وقت الحصاد، ويدعو رب الأرض إلى قلعه بقلاً في الحال، فالقول فيه قول رب الأرض، ويجبر الزارع على القلع، وغرم الأجرة والأرش.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ إلاَّ عَلَى جُزْءٍ مَعْلُومٍ قَلَّ ذَلِكَ أَوْ كَثُرَ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأنه عقد معاوضة، فلم يصح مع جهالة العوض كالبيع والإجارة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٤.

فلو ساقاه على ما يكفيه أو ما يرضيه بطلب المساقاة للجهل بقدر نصيبه منها، إذ قد لا يرضيه إلا جميعها، ولا يكفيه إلا أكثرها.

فإن قيل: فإذا صحت المساقاة مع الجهالة بقدر الثمرة، فهلا صحت مع الجهالة بقدر نصيبه من الثمرة؟.

قيل: لأن العلم بقدر ما يحدث من الثمرة غير ممكن، فلم يعتبر. والعلم بقدر نصيبه منها ممكن فاعتبر.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى أَنَّ لَهُ ثَمَرُ نَخْلَاتٍ بِعَيْنِهَا مِنَ الْحَائِطِ لَمْ يَجُزْ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأن عقد المساقاة يوجب اشتراك العامل ورب النخل في الثمرة. فإذا عقداها على أن للعامل ثمر نخلات بعينها منها، أفضى إلى أن يستبد أحدهما بجميع الثمرة دون صاحبه، لأنه قد يجوز أن لا تحمل تلك النخلات، فينصرف العامل بغير شيء، ويجوز أن لا تحمل إلا تلك النخلات وحدها، فينصرف رب المال بغير شيء، فلذلك بطل.

فإن قيل: فإذا جاز أن يساقيه على تلك النخلات بعينها من جملة النخل كله، وإن جاز أن تحمل أو لا تحمل، فهلا جاز أن يساقيه على جميعها بثمر تلك النخلات بعينها، وإن جاز أن تحمل أو لا تحمل؟.

قيل: لأنه إذا أفرد عقد المساقاة بتلك النخلات بعينها تساويا فيها، حملت أو لم تحمل. وإذا كان العقد على جميعها بثمر تلك النخلات، فقد يتفاضلان فيها إن حملت أو لم تحمل.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَطَ على صَاحِبِهِ صَاعاً مِنْ تَمْرٍ لَمْ يَجُزْ وَكَانَ لَهُ أُجْرَةُ مِثْلِهِ فِيمَا عَمِلَ)[٢].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأن اشتراط أحدهما الصاع من جملة الثمرة يفضي إلى الجهالة بقدر العوض، لما فيه من الجهالة بالباقي بعد الصاع. ولأنه قد يجوز أن لا

(١) مختصر المزني: ص ١٢٤.
(٢) مختصر المزني: ص ١٢٤.

تحمل النخل إلا ذلك الصاع، وإذا بطلتا لمساقاة في هذه المواضع بما وصلنا، كانت الثمرة كلها لرب النخل، وكان للعامل أجرة مثله فيما عمل.

مسالة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ دَخَلَ ي النَّخْلِ عَلَى الإِجَارَةِ بِأَنَّ عَلَيْهِ أَنْ يَعْمَلَ وَيَحْفَظَ بِشَيْءٍ مِنَ التَّمْرِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهُ فَالإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ وَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ فِيمَا عَمِلَ)(١).

قال الماوردي: وهذه المسألة من الإجارات وليست من المساقاة. وصورتها: في رجل استأجر رجلاً ليعمل في نخله أو في غير نخله، على أن أجرته ثمرة نخلة بعينها، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون الثمرة لم تخلق، فالإجارة باطلة للجهل بقدر ما تحمل، وأنها ربما لم تحمل، والأجرة لا تصلح إلا معلومة في الذمة، أو عيناً مشاهدة.

والضرب الثاني: أن تكون الثمرة موجودة فقد خلقت، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون بادية الصلاح، فالإجارة جائزة سواء شرط له جميعها أو سهماً شائعاً فيها، لأنها موجودة تصح المعاوضة عليها.

والضرب الثاني: أن تكون غير بادية الصلاح، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يشترط له جميعها فينظر: فإن شرط فيه القطع صحت الإجارة، لأن المعاوضة على ما لم يبد صلاحه من الثمرة جائزة بشرط القطع. وإن لم يشرط فيها القطع، لم يجز لفساد المعاوضة عليها.

والضرب الثاني: أن يشرط له سهماً شائعاً فيها من نصف أو ثلث، فتبطل الإجارة، لأن اشتراط قطع المشاع لا يمكن، والمعاوضة عليها بغير شرط القطع لا يجوز، فلذلك بطلت الإجارة، ويحكم للعامل بأجرة مثله إن عمل.

مسالة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكُلُّ مَا كَانَ فِيهِ مُسْتَزَادٌ فِي الثَّمَرِ مِنْ إِصْلَاحِ الْمَاءِ وَطَرِيقِهِ وَتَصْرِيفِ الجرِيدِ وَإِبَارِ النَّخْلِ وَقَطْعِ الْحَشِيشِ الْمُضِرِّ بِالنَّخْلِ وَنَحْوِهِ

(١) مختصر المزني: ص ١٢٤.

جَازَ شَرْطُهُ عَلَى الْعَامِلِ فَأَمَّا شَدُّ الْحِظَارِ فَلَيْسَ فِيهِ مُسْتَزَادٌ وَلاَ صَلاَحٌ فِي الثَّمَرَةِ فَلاَ يَجُوزُ شَرْطُهُ عَلَى الْعَامِلِ)[١].

قال الماوردي: إعلم أن العمل المشروط في المساقاة على أربعة أضرب:

أحدها: ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل.

والثاني: ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة.

والثالث: ما يعود نفعه على النخل والثمرة.

والرابع: ما لا يعود نفعه على الثمرة ولا النخل.

فأما الضرب الأول: وهو ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل، فمثل إبار النخل وتصريف الجريد، وتلقيح الثمرة ولقاطها رطباً، وجدادها تمراً.

فهذا الضرب يجوز اشتراطه على العامل، وينقسم ثلاثة أقسام:

قسم: يجب عليه فعله من غير شرط، وهو كل ما لا تحصل الثمرة إلا به كالتلقيح والإبار.

وقسم: يجب عليه فعله إلا بالشرط، وهو كل ما فيه مستزاد للثمرة وقد تصلح بعدمه، كتصريف الجريد وتدلية الثمرة.

وقسم: مختلف فيه، وهو كل ما تكاملت الثمرة قبله، كاللقاط والجداد ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يجب على العامل إلا بشرط، لتكامل الثمرة بعدمه.

والوجه الثاني: أنه واجب على العامل بغير شرط، لأن الثمرة لا تستغني عنه وإن تكاملت قبله.

فصل: وأما الضرب الثاني: وهو ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة، فمثل سد الحظائر، وحفر الآبار، وشق السواقي، وكري الأنهار. فكل هذا مما يعود نفعه على النخل دون الثمرة، فلا يجوز اشتراط شيء من ذلك على العامل. وكذا ما شاكله من عمل الدواليب، وإصلاح الزرانيق. فإن شرط رب المال على العامل شيئاً مما ذكرنا، كان الشرط باطلاً، والمساقاة فاسدة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٤.

وقال بعض أصحابنا: يبطل الشرط، وتصح المساقاة حملاً على الشروط الزائدة في الرهن، تبطل ولا يبطل معها الرهن في أحد القولين. وهذا خطأ لأن عقود المعاوضات إذا تضمنت شروطاً فاسدة بطلت كالشروط الفاسدة في البيع والإجارة. والله أعلم.

فصل: وأما الضرب الثالث: وهو ما يعود نفعه على النخل والثمرة، فكالسقي، والإثارة، وقطع الحشيش المضر بالنخل إلى ما جرى هذا المجرى مما فيه صلاح النخل ومستزاد في الثمرة، فهذا على ضربين:

أحدهما: ما لا تصلح الثمرة إلا به كالسقي فيما لا يشرب بعروقه من النخل حتى يسقى سيحاً، فهو على العامل كنخل البصرة، فهو وغيره من شروط هذا الفصل سواء، وهو الضرب الثاني، في هذين الضربين، وفيه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه واجب على العامل بنفس العقد، واشتراطه عليه تأكيد، لما فيه من صلاح النخل وزيادة الثمرة.

والوجه الثاني: أنه واجب على رب النخل، واشتراطه على العامل مبطل للعقد، لأنه بصلاح النخل أخص منه بصلاح الثمرة.

والوجه الثالث: أنه يجوز اشتراطه على العامل لما فيه من زيادة الثمرة، ويجوز اشتراطه على رب النخل، لما فيه من صلاح النخل، فلم يتناف الشرطان فيه.

فإن شرطه على العامل لزمه، وإن شرط على رب النخل لزمه، وإن أغفل، لم يلزم واحداً منهما. أما العامل فلأنه لا يلزمه إلا ما كان من موجبات العقد أو من شروطه، وأما رب النخل فلأنه لا يجبر على تثمير ماله.

فصل: وأما الضرب الرابع: وهو ما لا يعود نفعه على النخل ولا على الثمرة، فهو كاشتراطه على العامل أن يبني له قصراً، أو يخدمه شهراً، أو يسقي له زرعاً، فهذه شروط تنافي العقد، وتمنع من صحته لأنه لا تعلق لها به، ولا تختص بشيء في مصلحته. والله أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم المعين.

كِتَابُ الشَّرْطِ فِي الرَّقِيقِ يَشْتَرِطُهُمُ الْمُسَاقِي

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُسَاقِي عَلَى رَبِّ النَّخْلِ غِلْمَاناً يَعْمَلُونَ مَعَهُ وَلاَ يَسْتَعْمِلُهُمْ فِي غَيْرِهِ)(١).

قال الماوردي: إعلم أن المساقاة كالقراض، في أنها موضوعة على اختصاص رب المال بالنخل، واختصاص العامل بالعمل.

فإذا أطلقت المساقاة أخذ العامل بجميع العمل الذي تصلح به الثمرة، وهو بالخيار بين: أن يعمل ذلك بنفسه، أو بأعوانه. ولا اعتراض لرب المال عليه في رأي ولا عمل، ما لم يخرج عن العرف المعهود في مثلها.

والفرق بين المضاربة حيث لم يجز أن يستغني فيها بغيره بدلاً منه، وبين المساقاة في جواز ذلك من وجهين:

أحدهما: أن المساقاة لما لزمت ملك الاستنابة فيها، والمضاربة لما لم تلزم، لم يملك الاستنابة فيها.

والفرق الثاني: أن المقصود في المضاربة هو: الرأي والتدبير المختلف باختلاف أهله، وأنه قد يخفى فساده إلا بعد نفوذه وفواته، فلم يجز أن يستعين فيه بمن ربما قصر عن رأيه لفوات استدراكه. وليست المساقاة كذلك، لأن المقصود منها العمل، وفساده ظاهر إن حصل، واستدراكه ممكن إن حدث، فجاز أن يستعين بغيره ممن يعمل بتدبيره، فإن قصر تقصيراً استدرك.

فصل: فإن شرط العامل على رب النخل غلماناً يعملون معه، جاز الشرط، وصحت المساقاة، وهذا نص الشافعي رضي الله عنه. وما عليه فقهاء أصحابه في جواز اشتراط ذلك في المضاربة، وجهان:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٥.

أحدهما: يجوز كما يجوز في المساقاة.

والثاني: لا يجوز.

والفرق بينهما: أن في المساقاة عملاً يختص برب النخل وهو حفر الآبار، وكري الأنهار، فجاز أن يشترط عليه عمل غلمانه. وليس في المضاربة عمل يختص برب المال، فلم يجز أن يشترط عليه عمل غلمانه.

فإن قيل: فإذا جوزتم دخول العبيد في المساقاة تبعاً، فهلا جوزتم العقد عليهم ببعض كسبهم منفرداً؟.

قيل: قد يجوز في توابع العقد ما لا يجوز إفراده بالعقد. ألا ترى أن شركة الأبدان يصح أن تفرد بالعقد، ولو عقدت على مال صح، وكان عمل البدن فيها تبعاً للعقد؟.

فإن قيل: فإذا جوزتم للعامل أن يشرط على رب النخل عمل غلمانه، فهلا جوزتم أن يشرط عليه عمل نفسه؟.

قيل: لا يجوز. والفرق بينهما: أن رب المال لا يكون تبعاً لماله، وقد يكون غلمانه تبعاً لما له، كالدولاب والثور في المساقاة.

فإن قيل: فإن كان العمل مشروطاً على غلمان رب النخل، فلماذا يستحق العامل سهمه من الثمرة.

قيل: بالتدبير واستعمال العبيد، ولذلك لزم العبيد أن يعملوا بتدبير العامل، فإن شرط في العقد أن يعملوا بتدبير أنفسهم فسد.

فصل: فإذا صح أن يشرط العامل على رب النخل غلماناً يعملون معه، فلا يخلو حالهم من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترط غلماناً معينين، مثل أن يشترط عليه عمل عبده سالم أو غانم، فيصح العقد بهذا الشرط. ولا يجوز لرب النخل أن يبدلهم بغيرهم، لأن عمل العبيد قد يختلف باختلافهم. ولا يجوز للعامل أن يستعملهم في غير نخل سيدهم، لأن الأجراء على العمال لا يجوز أن ينقلوا إلى غير عملهم.

والقسم الثاني: أن يشترط غلماناً موصوفين غير معينين، فيصح العقد باشتراطهم.

وقال مالك: لا يصح حتى يعينوا، اعتباراً بعرف أهل المدينة في تعيين العبيد في المساقاة.

وهذا فاسد، لأن الصفة قد تقوم مقام المشاهدة والتعيين. ألا ترى أن عقود المعاوضات قد تجوز بالصفة، كما تجوز بالتعيين والمشاهدة؟ وقد قال الشاعر:

وَمَـنْ يَصِفْـكَ فَقَـدْ سَمَّـاكَ لِلْعَـرَبِ

والقسم الثالث: أن لا يعينهم ولا يصفهم، فالشرط باطل للجهل بهم، والمساقاة فاسدة لما اقترن بها من جهالتهم. والله أعلم.

فصل: ويجوز لرب النخل أن يشرط على العامل غلماناً يعملون معه، وقد نص عليه الشافعي، لأن العمل أخص بالعامل من رب المال، فلما جاز اشتراط ذلك على رب المال كان اشتراطه على العامل أجوز.

وسواء عينوا أو وصفوا أو أطلقوا، بخلاف اشتراطهم على رب النخل.

والفرق بينهما: أنهم في اشتراطهم على رب النخل مستثنون من عمل وجب على العامل، فوقعت الجهالة بإطلاقهم. وهم في اشتراطهم على العامل داخلون في جملة العمل المستحق عليه، فلم تقع الجهالة بإطلاقهم. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَنَفَقَةُ الرَّقِيقِ عَلَى مَا يَتَشَارَطَانِ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ نَفَقَةُ الرَّقِيقِ بِأَكْثَرَ مِنْ أُجْرَتِهِمْ. فَإِذَا جَازَ أَنْ يَعْمَلُوا لِلْمُسَاقِي بِغَيْرِ أُجْرَةٍ جَازَ أَنْ يَعْمَلُوا لَهُ بِغَيْرِ نَفَقَةٍ)**[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وجملته: أنه لا يخلو حال نفقتهم من أحد أمرين:

إما أن يشترطا محلها في العقد، أو يغفلاه. فإن شرطا محلها، لم يخل من ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يشرط على العامل. فهذا جائز، لأن العمل مستحق عليه، فجاز أن تكون نفقة الغلمان في النخل مشروطة عليه، كما كانت أجور من لم يشترطهم واجبة عليه.

والحال الثانية: أن يشرط على رب النخل، فهذا جائز.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٥.

وقال مالك: لا يجوز، لأن العمل مستحق على غيره. وهذا فاسد. لأنه لما جاز بالشرط أن يعملوا مع العامل بغير أجرة، جاز أن يعملوا معه بغير نفقة.

والحال الثالثة: أن يشرط من وسط الثمرة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون عملهم قبل حدوث الثمرة، فهذا شرط باطل لعدم محلها، وان ما لم يخلق لا يجوز أن يكون عوضاً على عمل.

والضرب الثاني: أن يكون عملهم بعد حدوث الثمرة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون نفقتهم من غير جنس الثمرة، لتباع الثمرة فيصرف ثمنها في نفقتهم. فهذا باطل، لأن الثمرة غير مستحقة، والنفقة غير ثابتة في الذمة.

والضرب الثاني: أن تكون نفقاتهم من نفس الثمرة يأكلونها قوتاً، ففيه وجهان:
أحدهما: أنه جائز لوجود محلها. وأن الثمرة لما كانت لهما، وجاز اشتراط النفقة على كل واحد منهما، جاز اشتراطها في الثمرة التي هي لهما.

والوجه الثاني: أنه باطل، لأنه غير متعلق بذمة، ولا معلوم مستحق من عين. وهذا أصح الوجهين.

فصل: فإن أغفلا اشتراط النفقة، ففي المساقاة وجهان:

أحدهما: باطلة، للجهل بمحل النفقة.

والوجه الثاني: جائزة، لأن النفقة تبع للعقد، فلم يبطل بها العقد. فعلى هذا فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها على العامل، لاستحقاق العمل عليه.

والوجه الثاني: أنها على رب النخل، لاشتراط عملهم عليه. وأنه لما سقطت أجرتهم عن العامل، سقطت نفقتهم عنه.

والوجه الثالث: أنها من وسط الثمرة، لاختصاص عملهم بها. فعلى هذا، إن لم تأت الثمرة أخذ بها السيد حتى يرجع بها في الثمرة إذا أتت. والله أعلم بالصواب.

قَالَ الْمُزَنِيُّ: رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَهَذِهِ مَسَائِلُ أَجَبْتُ فِيهَا عَلَى مَعْنَى قَوْلِهِ وَقِيَاسِهِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَمِنْ ذَلِكَ لَوْ سَاقَاهُ عَلَى نَخْلٍ سِنِينَ مَعْلُومَةً عَلَى أَنْ يَعْمَلاَ فِيهَا جَمِيعاً، لَمْ يَجُزْ فِي مَعْنَى قَوْلِهِ، قِيَاساً عَلَى شَرْطِ الْمُضَارَبَةِ يَعْمَلاَنِ فِي الْمَالِ جَمِيعاً فَمَعْنَى ذَلِكَ: أَنَّهُ أَعَانَهُ مَعُونَةً مَجْهُولَةَ الْغَايَةِ، بِأُجْرَةٍ مَجْهُولَةٍ)[١].

قال الماوردي: هذا صحيح. إذا شرط العامل أن يعمل معه رب النخل في المساقاة، ورب المال في المضاربة، بطل العقد في المساقاة والمضاربة.

واختلف أصحابنا في علة بطلانه، فذهب المزني: إلى أن العلة فيه اشتراكهما في العمل مع اختلافهما فيه يفضي إلى جهالة ما يستحق على العامل من عمله، والعمل المجهول لا تصح عليه المعاوضة، ولهذا المعنى بطلت شركة الأبدان لاختلاف عمل الشريكين. وهذا التعليل مدخول باشتراط عمل غلام رب المال، لأن عمله مخالف لعمل العامل كما يخالف عمل سيده.

وذهب أبو إسحاق المروزي: إلى أن علة بطلانه أنه إذا شرط عمل رب النخل صار مستحقاً للعوض على عمله وعمل غيره فبطل. وهذا مدخول بمثل ما دخل به تعليل المزني، ويدخل على العلتين جميعاً إذا ساقى رجلين.

وذهب أبو علي بن أبي هريرة: إلى أن العلة فيه أن المساقاة ما تميز فيها رب النخل بالمال والعامل بالعمل، فإذا شرط العمل على رب المال فسدت، كما لو شرط المال على العامل بطلت، لتغيير ما أوجبه العقد من أحكامه في المتعاقدين. وهذا التعليل أيضاً مدخول بما ذكرنا من عمل غلمان رب النخل.

والذي أذهب إليه: أن تعليل بطلانه هو أن اشتراط عمل رب النخل فيها يقتضي لزوم ذلك، والإنسان لا يلزمه العمل في ماله، فصار هذا الشرط باطلاً، وأبطل ما شرطه فيه. وليس عمل غلمانه مستحقاً على بدنه، وإنما هو حق تعلق بماله، كما يتعلق به غير ذلك من الحقوق.

فصل: فعلى اختلاف هذا التعليل، لو شرط العامل على رب النخل جنساً من العمل فيها معلوماً كالسقي أو التلقيح، جاز على تعليل المزني لانتفاء الجهالة عنه، ولم يجز على تعليل من سواه، وبالله التوفيق.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٥.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى النِّصْفِ عَلَى أَنْ يُسَاقِيَهُ فِي حَائِطٍ آخَرَ عَلَى الثُّلُثِ، لَمْ يَجُزْ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ، كَالْبَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، وَلَهُ فِي الْفَاسِدِ أَجْرُ مِثْلِهِ فِي عَمَلِهِ)[١].

قال الماوردي: وهما مسألتان:

إحداهما: أن يكون لرب النخل حائط شرقي، وللعامل حائط غربي، فيقول رب النخل: قد ساقيتك على حائطي الشرقي على النصف، على أن تساقيني أيها العامل على حائطك الغربي على الثلث. فهذا باطل، وهوكالبيعتين في بيعة في الصورة والمعنى. لأن قوله: قد ساقيتك على أن تساقيني، كقوله: بعتك داري على أن تبيعني عبدك.

والمسألة الثانية: أن يكون الحائطان معاً لرب النخل، أحدهما: شرقي، والآخر. غربي، فيقول رب النخل: قد ساقيتك على حائطي الشرقي على النصف، على أن أساقيك على حائطي الغربي على الثلث. فهذا باطل.

قال المزني: وهو كالبيعتين في بيعة. فاختلف أصحابنا في صحة هذا التشبيه في الصورة والمعنى:

فذهب أبو علي الطبري: إلى فساد هذا التشبيه، وأنه في معنى بيع وشرط، لا أنه في معنى بيعتين في بيعة.

وذهب أبو علي بن أبي هريرة: إلى أنه تشبيه صحيح، وأنه كالبيعتين في بيعة في المعنى والصورة. لأن حقيقة البيعتين في بيعة أن يجعل أحد العقدين مشروطاً في الآخر، وسواء كان البائع فيهما واحداً أو مختلفاً. وإنما فسدت المساقاة في هاتين المسألتين مع ما ذكرناه من التشبيه بالبيعتين، لأن اشتراط أحد العقدين في الآخر يوجب استدراك ما حصل من زيادة العقد الأول مجبوراً بنقص العقد الثاني، أو استدراك نقصان الأول مجبوراً بزيادة الثاني، فصار العوض في كل واحد من العقدين معتبراً بالشرط فبطل.

فصل: فأما إن قال رب النخل والحائطان جميعاً له: قد ساقيتك في حائطي الشرقي على النصف، وأساقيك على حائطي الغربي على الثلث، ولم يجعل أحد العقدين شرطاً في الآخر، صح العقد الأول لأنه ناجز، ولم يصح الثاني لأنه موعد. والله أعلم.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٥.

فصل: وإذا بطلت المساقاة في إحدى هذه المسائل بمعنى من هذه المعاني، وقد عمل العامل في النخل عملاً، فلا حق له في الثمرة، وله أجرة مثله في العمل كالمضاربة.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ سَاقَاهُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَلَى النِّصْفِ وَالآخَرُ نَصِيبَهُ عَلَى الثُّلُثِ جَازَ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان النخل بين رجلين، جاز أن يساقيا عليها رجلاً مساقاة متفقة ومختلفة:

فالمتفقة: أن يساقياه على أن له النصف من حصة كل واحد منهما.

والمختلفة: أن يساقياه على أن له النصف من حصة أحدهما، والثلث من حصة الآخر. وإنما كان كذلك لأن المساقاة إن ألحقت بالإجارات، فمثل ذلك في الإجارات جائز. وإن ألحقت بالبياعات، فمثل ذلك في البياعات جائز.

وخالفت المساقاة الكتابة، لأن العبد إذا كان بين شريكين وأرادا كتابته، لم يجز أن يتفاضلا في العوض حتى يكونا فيه سواء.

والفرق بينهما: أن مال الكتابة مأخوذ من الكسب المستحق بالملك، فلما تساويا في الملك و الكسب وجب أن يتساويا في العوض، وليس ما يأخذه العامل من الثمرة مستحقاً بالملك، وإنما هو مستحق بالعمل، فجاز أن يتفاضلا فيه. ألا ترى أن الثمرة إذا استحقها الشريكان بالملك لم يجز أن يتفاضلا فيها كالكتابة؟.

فصل: فإذا ثبت جواز مساقاتها على التساوي والتفاضل، فإن تساويا فيها وجعلا له النصف من حصة كل واحد منهما جاز، سواء علم حصة كل واحد منهما من النخل أو لم يعلمه؛ لأن ما يستحقه من جميع الثمرة معلوم. كما لو باع الوكيل عبداً مشتركاً بثمن واحد، ولم يبين حصص الشركاء فيه، صح البيع.

وإن تفاضلا فيها وجعلا له النصف من حصة أحدهما، والثلث من حصة الآخر، فإن علم العامل حصة كل واحد منهما من النخل صحت المساقاة، وإن جهل ذلك ولم يعلمه بطلت لجهله بقدر ما يستحقه من الثمرة.

فصل: وإذا كانت النخل كلها لواحد، فساقى عليها رجلين، جاز. سواء تساوى بينهما

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٥.

أو فاضل، كما جاز للرجلين مساقاة الواحد على مساواة عليها رجلين جاز هل لكل واحد من العاملين ربع الثمرة، فقد ساوى بينهما. وإن جعل لأحدهما الربع وللآخر الثلث، فقد فاضل، والمساقاة جائزة، كما لو استأجر أجيرين في عمل واحد بأجرة متفاضلة.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَو سَاقَاه عَلَى حَائِطٍ فِيهِ أَصْنَافٌ مِنْ دَقِلٍ وَعَجْوَةٍ وَصيحَانِيّ، عَلَى أَنَّ لَهُ مِنَ الدَّقَلِ النِّصْفَ، وَمِنَ العَجْوَةِ الثُّلُثَ، وَمِنَ الصِيحانِيِّ الرُّبُعَ، وَهُمَا يَعْرِفَانِ كُلَّ صِنْفٍ، كَانَ كَثَلاَثَةِ حَوَائِطَ مَعْرُوفَةٍ. وَإِنْ جَهِلاَ أَوْ أَحَدُهُماَ كُلَّ صِنْفٍ لَمْ يَجُزْ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا جمع الحائط أصنافاً من النخل فساقاه على جميعها على النصف من سائر أصنافها جاز، ولو خالف بين أصنافها فساقاه على النصف من البرني، وعلى الثلث من المعقلي، وعلى الربع من الابراهيمي، نظر: فإن علما قدر كل صنف منها جاز، وصار كثلاثة حوائط ساقاه من أحدهما على النصف، ومن الآخر على الثلث، ومن الآخر على الربع، إذ لا فرق بين أن تتميز النخل ببقاعها، وبين أن تتميز بأصنافها.

وإن جهلا أو أحدهما قدر كل صنف منها، لم يجز، وكانت المساقاة باطلة للجهل بقدر ما يستحقه من ثمرها، وصار كما لو ساقاه من ثلاثة حوائط على النصف من أحدها ولم يعينه، وعلى الثلث من آخر لم يذكره، وعلى الربع من آخر لم يميزه، كان العمل باطلاً، وللعامل في ذلك أجرة مثله إن عمل.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى أَنَّ لِلْعَامِلِ ثُلُثَ الثَّمَرَةِ وَلَمْ يَقُولاَ غَيْرَ ذَلِكَ، كَانَ جَائِزاً وَمَا بَعْدَ الثُّلُثِ فَهُوَ لِرَبِّ النَّخْلِ. وَإِنْ اشْتَرَطَا أَنَّ لِرَبِّ النَّخْلِ ثُلُثَ الثَّمَرَةِ، وَلَمْ يَقُولاَ غَيْرَ ذَلِكَ، كَانَ فَاسِداً لأَنَّ العَامِلَ لَمْ يَعْلَمْ نَصِيبَهُ. وَالفَرْقُ بَيْنَهُمَا: أَنَّ ثَمَرَ النَّخْلِ لِرَبِّهَا، إِلاَّ مَاشُرِطَ مِنْهَا لِلْعَامِلِ، فَلاَ حَاجَةَ بِنَا إِلَى المَسْأَلَةِ بَعْدَ نَصِيبِ العَامِلِ لِمَنِ البَاقِي. وَإِذَا اشْتَرَطَ رَبُّ النَّخْلِ لِنَفْسِهِ الثُّلُثَ وَلَمْ يُبَيِّنْ نَصِيبَ العَامِلِ مِنَ البَاقِي، فَنَصِيبُ العَامِلِ مَجْهُولٌ، وَإِذَا جَهِلَ النَّصِيبَ فَسَدَتِ المُسَاقَاةُ)[٢].

قال الماوردي: إعلم أن عقد المساقاة بينهما لا يخلو من أربعة أقسام:

(١) مختصر المزني: ص ١٢٥.
(٢) مختصر المزني: ص ١٢٥.

أحدها: أن يبين فيه نصيب كل واحد منهما، مثل أن يقول رب النخل: علي أن لي نصف الثمرة، ولك نصفها، أو لي ثلثاها ولك ثلثها. فهذا أوضح أحوالهما في إبانة نصيب كل واحد منهما، وأوكد ما يتعاقدان عليه.

والقسم الثاني: أن يبين نصيب العامل دون رب النخل، مثل أن يقول: قد ساقيتك على أن لك أيها العامل ثلث الثمرة، فالمساقاة جائزة، ويكون الباقي بعد ثلث العامل لرب النخل لأن جميعها على أصل ملكه، وصار كالعموم إذا خص بعضه كان باقيه محمولاً على موجب عمومه.

والقسم الثالث: أن يبين رب النخل نصيب نفسه دون العامل، مثل أن يقول: قد ساقيتك على أن لي ثلث الثمرة، فمذهب المزني: أن المساقاة في ذلك باطلة، وهو قول جمهور أصحابنا.

وقال أبو العباس بن سريج وأبو العباس ابن القاص: إن المساقاة جائزة، لأن قوله: «ساقيتك»، يوجب اشتراكهما في الثمرة، فكان بيانه لنصيب نفسه دليلاً على أن الباقي للعامل، كما كان بيانه لنصيب العامل دليلاً على أن الباقي لنفسه، وصار كقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾[1] فعلم أن الباقي بعد ثلث الأم للأب، وهذا الذي قاله أبو العباس خطأ.

والفرق بين الموضعين: أن الثمرة لرب النخل، فإذا بين سهم العامل منها صار استثناء خالف حكم الأصل، فصار بياناً. وإذا بين نصيب نفسه، لم يكن ذلك استثناء، لأنه وافق حكم الأصل، إذ جميع الثمرة له، فلم يصر بياناً.

ويشبه أن يكون اختلاف المزني، وأبي العباس محمولاً على اختلاف حكم: هل هو شريك، أو أجير؟

فحمل المزني ذلك من قوله: على أن العامل أجير، وحمل أبو العباس ذلك من قوله: على أن العامل شريك.

فلو قال رب النخل: قد ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة ولي نصفها، وأغفل ذكر السدس الباقي، غلب في ذلك بيان نصيب العامل، إذ ليس له أكثر من المسمى، وصحت المساقاة؛ لأنه لو بين نصيب العامل وأغفل ذكر الباقي كله، صحت المساقاة.

---

(١) سورة النساء، الآية: ١١٠.

فإذا أغفل بعضه، كانت المساقاة أولى بالصحة، وكان ما سوى ثلث العامل من النصف المسمى والسدس الباقي لرب النخل.

والقسم الرابع: أن لا يبين نصيب نفسه ولا نصيب العامل، مثل أن يقول: «قد ساقيتك»، فالمساقاة باطلة، لأن المساقاة قد تختلف، فصار الاقتصار على هذا مفضياً إلى جهالة تمنع من صحة العقد.

ولكن لو قال له: قد ساقيتك على أن الثمرة بيننا، فعند إبي العباس بن سريج: إن المساقاة صحيحة، وتكون الثمرة بينهما نصفين، لأن ظاهر اشتراكهما في الثمرة يوجب تساويهما فيها.

وذهب سائر أصحابنا: إلى أن المساقاة باطلة، لأنها قد تكون بينهما على تساوي وتفاضل، فلم يكن حملها على التساوي في الإطلاق بأولى من حملها على التفاضل، فبطلت.

مسالة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَتِ النَّخْلُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَسَاقَى أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَلَى أَنَّ لِلْعَامِلِ ثُلُثَي الثَّمَرَةِ مِنْ جَمِيعِ النَّخْلِ، وَلِلآخَرِ الثُّلُثَ، كَانَ جَائِزاً لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَنَّهُ سَاقَى شَرِيكَهُ فِي نِصْفِهِ عَلَى ثُلُثِ ثَمَرَتِهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كانت النخل بين شريكين، فساقى أحدهما صاحبه على أن يعمل فيها وله الثلثان من جميع ثمرها، فهذه مساقاة جائزة، لأن له ملكاً وعملاً، فكان له النصف بالملك، والسدس الزائد عليه بالعمل؛ فاختصت المساقاة بالثلث من حق الشريك وهو النصف، وذلك سدس الكل.

ومثله في المضاربة: أن يكون ألف بين شريكين ضاربة عليها، على أن يعمل فيها وحده وله الثلثان من الربح، فتكون المضاربة جائزة، وهي على الثلث من حصة الشريك، لأنه يأخذ النصف بالملك، والسدس الزائد بالعمل.

مسالة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ سَاقَى شَرِيكَهُ عَلَى أَنَّ لِلْعَامِلِ الثُّلُثَ، وَلِصَاحِبِهِ الثُّلُثَيْنِ، لَمْ يَجُزْ كَرَجُلَيْنِ بَيْنَهُمَا أَلْفُ دِرْهَمٍ قَارَضَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فِي

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٥.

نِصْفِهِ، فَمَا رَزَقَ اللَّهُ فِي الأَلْفِ مِنْ رِبْحٍ فَالثُّلُثَانِ لِلْعَامِلِ وَلِصَاحِبِهِ الثُّلُثُ، فَإِنَّمَا قَارَضَهُ فِي نِصْفِهِ عَلَى ثُلُثِ رِبْحِهِ فِي نِصْفِهِ. الفصل)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا ساقى أحد الشريكين في النخل صاحبه على أن للعامل الثلث من جميع الثمرة، كانت المساقاة فاسدة، لأن المساقاة عقد معاوضة توجب استحقاق عوض في مقابلة عمل.

فإذا شرط إسقاط العوض فيها نافى موجبها، فبطلت. والعامل إذا شرط ثلث الثمرة فقد أسقط ثلث ما يستحقه بالملك، لأنه قد كان يستحق النصف، فاقتصر على الثلث، وصار باذلاً لعمله بغير بدل.

فإذا بطلت المساقاة بما ذكرت، وجب أن تكون الثمرة بينهما نصفين بالملك.

قال المزني: ولا أجرة للعامل في عمله، لأنه لما بذل العمل على غير بدل صار متطوعاً به، وبهذا قال أبو إسحاق المروزي، وجمهور أصحابنا.

وقال أبوالعباس بن سريج: له أجرة مثله، لأنها مساقاة فاسدة، والعقد الفاسد يحمل في وجوب العوض على حكم الصحيح، وإن شرط فيه إسقاط البدل. ألا ترى أنه لو باعه ثوباً بخمر أو خنزيراً كان ضامناً لقيمته، وإن لم يكن للخمر والخنزير قيمة؟ لأن عقد البيع موجب لاستحقاق العوض. وهكذا لو قال: بعتك هذا الثوب على أن لا ثمن عليك، كان المشتري ضامناً لقيمته، وإن شرط سقوط العوض، لأن البيع موجب للضمان.

وهكذا لو قال: أجرتك هذه الدار على أن أجرة عليك ضامناً للأجرة اعتباراً بحال العقد دون الشرط، كذلك في المساقاة.

وهذا الذي قاله أبو العباس، وإن كان له وجه، فالفرق بينه وبين المساقاة ممكن، وهو: أن مشتري الثوب على أن لا ثمن عليه، ومستأجر الدار على أن لا أجرة عليه، هما المستهلكان ملك غيرهما، فضمنا العوض مع ما شرط من سقوط العوض تغليباً لحكم

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٥. وتتمة الفصل: «ولو قارضه على أن للعامل ثلث الربح والثلثين لصاحبه لم يجز لأن معنى ذلك أن عقد له العامل أن يخدمه في نصفه بغير بدل، وسلم له مع خدمته من ربح نصفه تمام ثلثي الجميع بغير عوض. فإن عمل المساقي في هذا أو المقارض فالربح بينهما نصفين، ولا أجرة للعامل لأنه عمل على غير بدل.

العقد. وفي المساقاة هو المستهلك عمل نفسه، فغلب فيه حكم التطوع بالشرط على حكم العقد.

فصل: ولو ساقى أحدهما صاحبه والنخل بينهما نصفان، على أن للعامل نصف الثمرة، كانت المساقاة فاسدة لأن عمله فيها هدر لا بدل له وتكون الثمرة بينهما نصفين بالملك دون العقد، ولا أجرة للعامل على قول المزني، وله الأجرة على قول ابن سريج.

ولكن لو شرطا أن يكون للعامل نصف الثمرة، وهو يملك أقل من نصف النخل، صحت المساقاة، لأن ما فضل عن قدرة ملكه يصير مقابلة عمله.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ سَاقَى أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَلَى نَخْلٍ بَيْنَهُمَا سَنَةً مَعْرُوفَةً عَلَى أَنْ يَعْمَلاَ فِيهَا جَمِيعاً، عَلَى أَنَّ لِأَحَدِهِمَا الثُّلُثَ، وَالآخَرَ الثُّلُثَيْنِ، لَمْ يَكُنْ لِمُسَاقَاتِهِمَا مَعْنًى فَإِنْ عَمِلاَ فَلِأَنْفُسِهِمَا عَمِلاَ وَالثَّمَرُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في نخل بين شريكين بالسوية، ساقى أحدهما صاحبه على أن يعملا فيها جميعاً، على أن لأحدهما الثلث وللآخر الثلثين، فهذه مساقاة باطلة لعلتين:

إحداهما: أن العامل فيها لا يتميز من رب المال.

والعلة الثانية: أن عمل أحدهما على غير بدل، وإذا بطلت المساقاة بذلك وجب أن تكون الثمرة بينهما نصفين بالملك، وفي عملهما وجهان:

أحدهما: أنه هدر لا يراعى فيه التفاضل، ولا يستحق فيه أجرة، لأنه تبع للمال. كالشريكين في المال يقتسمان الربح بينهما بالسوية، اعتباراً بالمال، وإن تفاضلا في العمل لأن عملهما تبع للمال، فلم يراع فيه التفاضل، ولم يضمن بالأجرة. وهذا مخرج من قول الشافعي: إن العامل شريك. فعلى هذا، لا أجرة لواحد منهما على صاحبه، وإن زاد عليه في عمله.

الوجه الثاني: أن العمل معتبر يراعى فيه التفاضل ويستحق فيه الأجر. كالشريكين بأبدانهما، يقتسمان الكسب على أجور أمثالهما، وبحسب تفاضلهما في أعمالهما. وهذا مخرج من قول الشافعي رضي الله عنه: «إن العامل أجير».

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٥.

فعلى هذا، يرجع من شرط لنفسه ثلثي الثمرة على صاحبه بنصف أجرة مثله، لأنه شرط على عمله بدلاً، ولم يبذله تطوعاً، فاستحق نصف الأجرة، وسقط نصفها. لأن نصف عمله في ملك نفس، فلم يرجع ببدله، ونصفه في ملك شريكه فرجع ببدله.

فأما المشترط لنفسه ثلث الثمرة، فعلى مذهب المزني: لا يرجع بشيء من أجرته تغليباً للشرط، وعلى مذهب أبي العباس بن سريج: يرجع بنصف أجرته تغليباً للعقد.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ سَاقَى رَجُلٌ رَجُلاً نَخْلاً مُسَاقَاةً صَحِيحَةً فَأَثْمَرَتْ، ثُمَّ هَرَبَ العَامِلُ، اكْتَرَى عَلَيْهِ الحَاكِمُ فِي مَالِهِ مَنْ يَقُومُ فِي النَّخْلِ مُقَامَهُ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا هرب العامل في المساقاة وقد بقي من عمله ما لاصلاح للنخل والثمرة إلا به وجب أن يلتمسه الحاكم عند استعداء رب النخل إليه، وإقامة البينة عنده بالعقد ليأخذه بالباقي من عمله، لأن عقد المساقاة لازم يستحق فيه على العامل أجرة العمل، وعلى رب النخل الثمر.

فإن بعد العامل عن الحاكم فلم يقدر عليه، استأجر فيما وجد من ماله أجيراً يقوم مقامه في الباقي من عمله، ثم قاسم الحاكم رب النخل على الثمرة، فأخذ منها حصة العامل ليحفظها عليه.

فإن لم يجد للعامل مالاً يأخذه منه أجرة الأجير النائب عنه، استدان عليه قرضاً من رب النخل، أو غيره، أو من بيت المال ليقضي ذلك عند حصول حصة العامل من الثمرة. فإن لم يجد من يستدين منه قرضاً، نظر في الثمرة: فإن كانت بادية الصلاح، بيع من حصة العامل فيها بقدر أجور الأجراء. وإن كانت غير باديه الصلاح، فالمعاوضة عليها متعذرة لاسيما مع الإشاعة، فليس يمكن أن يستوفي من العامل ما بقي عليه من العمل، وفيه وجهان:

أحدهما: وهو يحكي عن أبي علي بن أبي هريرة: إن الحاكم يساقي عليها لأجل الباقي من العمل فيها رجلاً آخر يسهم مشاع في الثمرة يدفعه إليه من حصة العامل عند حصول الثمرة وتناهيها، ويعزل الباقي من حصته إن بقي محفوظاً له إن عاد، ويأخذ رب المال حصته منه.

(١) مختصر المزني: ص ١٢٥.

والوجه الثاني: وهو الأصح عندي: أن يقال لرب النخل: قد تعذر استيفاء ما بقي من العمل على العامل، وهذا عيب يوجب الخيار في المقام على المساقاة أو الفسخ. فإن أقام عليها صار متطوعاً بالباقي من العمل، وللعامل حصته من الثمرة. وإن فسخ، صار العقد منفسخاً في الباقي من العمل.

ثم الصحيح من مذهب الشافعي: لزومه في الماضي من العمل، وتكون حصة العامل من الثمرة مقسطة على العملين: الماضي منه، والباقي. فيستحق العامل منها ما قابل الماضي من عمله، ويستحق رب النخل ما قابل الباقي من عمله مضموناً إلى حصته.

فصل: فأما إن كان رب النخل عند هرب العامل لم يأت الحاكم، واستأجر من ماله من عمل باقي العمل، فإن فعل ذلك مع القدرة على الحاكم كان متطوعاً بما أنفق، والعامل على حقه في الثمرة. وإن فعل ذلك لتعذر الحاكم، نظر: فإن لم ينو الرجوع بما أنفق، أو نوى الرجوع ولم يشهد، فهو متطوع بالنفقة لا يرجع بها، والعامل على حقه من الثمرة. وإن نوى الرجوع وأشهد، ففيه وجهان:

أحدهما: يرجع بها للضرورة، وان ما فعله هو غاية ما في وسعه.

والثاني: لا يرجع بها، لأنه يصير حاكماً لنفسه على غيره، وهذا لا يجوز في ضرورة ولا غيرها. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (إِنْ عَلِمَ مِنْهُ سَرِقَةٌ فِي النَّخْلِ وَفَسَاداً مُنِعَ مِنْ ذَلِكَ، وَتُكُورِيَ عَلَيْهِ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ)[١].

قال الماوردي: إعلم أن على العامل في الثمرة حقين:

أحدهما: حفظها.

والثاني: أداء الأمانة فيها.

فإن ظهر منه تقصير في الحفظ أخذ به، واستؤجر عليه من يحفظها من ماله. وإن ظهرت منه خيانة في الثمرة وسرقة لها بإقرار منه أو بينة قامت عليه، أو بيمين المدعي عند نكوله، منع من الثمرة ورفعت يده عنها. قال المزني ههنا: ويكارى عليه من ماله من يعمل في الثمرة. وقال في موضع آخر: استأجر عليه الحاكم أميناً يضمه إليه ليقوم بحفظ الثمرة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٥.

وليس ذلك على اختلاف قول منه في الحكم، وإنما هو مردود إلى اجتهاد الحاكم ليحكم بما يراه من هذين الأمرين، وكلاهما جائز.

فأما إن ادعى رب النخل الخيانة والسرقة، والعامل منكر لهما ولا بينة تقوم بها، فالقول فيها قول العامل مع يمينه. وهو على تصرفه في الثمرة لا ترفع يده عنها بمجرد الدعوى. فإن أراد ربّ النخل بدعوى السرقة الغرم، لم تسمع الدعوى منه إلا معلومة، وإن أراد رفع يد العامل بها عن الثمرة ففيه وجهان:

أحدهما: تسمع مجهولة، لاستواء الحكم في رفع يده بقليل السرقة وكثيرها.

والوجه الثاني: لا تسمع إلا معلومة، لأن رفع يده بها فرع على استحقاق الغرم فيها، فصار حكم الغرم أغلب.

مسالة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ أَنْفَقَ رَبُّ النَّخْلِ كَانَ مُتَطَوِّعاً بِهِ، وَيَسْتَوْفِي العَامِلُ شَرْطَهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ، وَإِنْ مَاتَ قَامَتْ وَرَثَتُهُ مَقَامَهُ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح، لأن عقد المساقاة لا يبطل بالموت. فإن مات رب النخل كان العامل على عمله من الثمرة قدر شرطه، والباقي مقسوم بين ورثة رب النخل على فرائضهم.

وإن مات العامل، فإن قام ورثته بباقي العمل، أخذ حصة العامل في الثمرة. وإن امتنع، لم يجبر على العمل، لأن مالزم الميت من حق فهو متعلق بتركة، ولا يتعلق بوارث وإذا كان كذلك، يعادي على العامل من تركة من يقوم مقامه من الباقي من عمله.

فإن لم يكن له تركة، لم يجز أن يستدان عليه، بخلاف الهارب. لأن الميت لازمه، ويكون حكمه كحاكم الهارب إذا تقررت الإستدانة عليه، فيكون على ما ذكرناه من وجهين.

مسالة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ عَمِلَ فِيهَا العَامِلُ فَأَثْمَرَتْ ثُمَّ إِسْتَحَقهَا رَبُّهَا، أَخَذَهَا وَثَمَرَهَا، وَلاَ حَقَّ عَلَيْهِ فِيمَا عَمِلَ فِيهَا العَامِلُ، لِأَنَّهَا آثَارٌ لاَ عَيْنٌ، وَرَجَعَ العَامِلُ عَلَى الدَّافِعِ بِقِيمَةِ عَمَلٍ. فَإِنِ اقْتَسَمَا الثَّمَرَةَ فَأَكَلاَهَا، ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَبُّهَا، رَجَعَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا بِمَكِيلَةِ الثَّمَرَةِ. وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهَا الدَّافِعُ لَهَا، وَرَجَعَ الدَّافِعُ عَلَى العَامِلِ بِالمَكِيلَةِ الَّتِي غَرِمَهَا، وَرَجَعَ العَامِلُ عَلَى الَّذِي اسْتَعْمَلَهُ بِأَجْرِ مِثْلِهِ)[2].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٥.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢٥.

قال الماوردي: وصورتها: في رجل ساقى رجلاً على نخل في يده، ثم استحقت النخل من يد العامل، فلا يخلو حال العامل بعد استحقاق النخل من يده من: أن يكون قد عمل فيها عملاً، أم لا:

فإن لم يكن قد عمل فيها عملاً، فلا شيء له على المساقي، ولا على رب النخل. وإن فيها عملاً، فلا يخلو حال النخل من: أن تكون قد أثمرت، أو لم تثمر.

فإن لم تكن قد أثمرت، استرجعها ربها ولا شيء له سواها، وللعامل على المساقي أجرة مثل عمله، لأنه قد فوت عليه عمله على عوض فاسد، فوجب أن يرجع بقيمة العمل، وهو أجرة المثل.

وإن أثمرت النخل، فلا يخلو حال الثمرة من أربعة أقسام:

أحدها: أن تكون حصة كل واحد منهما باقية بيده، فيرجع رب النخل على كل واحد من العامل والمساقي بما حصل بيده من الثمرة، لأن نماء المغصوب حادث على ملك ربه، دون غاصبه. ثم للعامل أن يرجع على المساقي بأجرة مثل عمله لتفويته ذلك عليه.

فإن قيل: فاستحقاق الثمرة جار مجرى تلفها، وتلف الثمرة لا يوجب عليه رجوع العامل على المساقي بأجرة عمله.

قيل: إنما يمتنع رجوعه بالأجرة عند تلف الثمرة لصحة العقد، واستحق الرجوع بالأجرة عند استحقاق النخل لفساد العقد.

والقسم الثاني: أن تكون حصة كل واحد منهما قد استهلكها، فلرب المال أن يرجع على كل واحد منهما. فإن كانا قد استهلكاها بسراً أو رطباً أو تمراً مكنوزاً، رجع بقيمتها. وإن كانا قد استهلكاها تمراً بثاً رجع بمثلها لأن للتمر البث مثلاً، وليس لغير البث مثل. ثم رب النخل بالخيار بين: أن يرجع على كل واحد منهما بمثل ما استهلكه، وبين أن يرجع على المساقي بمثل جميع الثمرة.

فإن رجع على كل واحد منهما بمثل ما استهلكه، فلا ترجع لواحد منهما على صاحبه بشيء من الثمرة، وإنما يرجع العامل على المساقي بأجرة مثل عمله لتفويته إياه عليه. وإن رجع على المساقي بجميع الثمرة، رجع المساقي على العامل بمثل ما استهلكه منها، ورجع العامل على المساقي بأجرة مثله.

والقسم الثالث: أن تكون حصة المساقي باقية بيده، وحصة العامل مستهلكة، فيرتجع رب النخل ما بيد المساقي من الثمرة، ثم هو فيما استهلكه العامل مخير بين: أن يرجع به على العامل، ولا يرجع به العامل على المساقي، ولكن يرجع بأجرة مثله. وبين أن يرجع به على المساقي، ويرجع المساقي به على العامل، ويرجع العامل بأجرة مثله على المساقي.

والقسم الرابع: أن تكون حصة المساقي مستهلكة، وحصة العامل باقية بيده، فيرجع رب النخل على العامل بما بيده من الثمرة، ويرجع على المساقي بما استهلكه منها. ولا يجوز أن يرجع به على العامل، لأن العامل يضمن باليد، فلم يلزمه إلا ضمان ما حصل بيده. والمساقي يضمن بالعدوان، فلزمه ضمان ما حصل بعد عدوانه، ثم للعامل أن يرجع على المساقي بأجرة مثله.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى أَنَّهُ سَقَاهَا بِمَاءِ سَمَاءٍ أَوْ نَهْرٍ فَلَهُ الثُّلُثُ، وَإِنْ سَقَاهَا بِالنَّضْحِ فَلَهُ النِّصْفُ، كَانَ هَذَا فَاسِداً لِأَنَّ عَقْدَ المُسَاقَاة كَانَ وَالنَّصِيبُ مَجْهُولٌ وَالعَمَلُ غَيْرُ مَعْلُومٍ، كَمَا لَوْ قَارَضَهُ بِمَالٍ عَلَى أَنَّ مَا رَبِحَ فِي البَرِّ فَلَهُ الثُّلُثُ، وَمَا رَبِحَ فِي البَحْرِ فَلَهُ النِّصْفُ، فَإِنْ عَمِلَ كَانَ لَهُ أَجْرُ مِثْلِهُ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح، والتعليل مستقيم، وفساد العقد من وجهين:

أحدهما: جهالة العمل، لتردده بين السقي بماء السماء والنضح.

والثاني: جهالة العوض، لتردده بين الثلث والنصف.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنِ اشْتَرَطَ الدَّاخِلُ أَنَّ أُجْرَةَ الأُجَرَاءِ مِنَ الثَّمَرَةِ فَسَدَتِ المُسَاقَاةَ)[2].

قال الماوردي: وهذا صحيح لمعان:

أحدها: أن الثمرة قد تحلق ولا تحلق، فلم يجز أن تكون عوضاً على عمل.

والثاني: أن الأجرة غير ثابتة في الذمة، ولا هي استحقاق جزء من عين.

والثالث: أنه قد يستوعب الثمرة، فلا يحصل لرب النخل ولا للعامل شيء.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٦.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢٦.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى وَدِي لِوَقْتٍ يَعْلَمُ أَنَّهُ لاَ يُثْمِرُ إِلَيْهِ لَمْ يَجُزْ)(١).

قال الماوردي: أما الودي فهو الفسيل الذي لم يحمل بعد، فإذا ساقى عليه رجلاً، فلا يخلو حال الفسيل في العرف المعهود من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعلم في غالب العرف أنه يحمل في مدة المساقاة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعلم بالعرف أنه يحمل في جميع سني المساقاة، فالمساقاة جائزة. فإن لم يحمل الفسيل، فلا شيء للعامل على ربه، كما لو حال النخل الطويل فلم يحمل.

والضرب الثاني: أن يعلم بالعرف أنه يحمل في آخر سني المساقاة، مثل أن يساقيه على فسيل خمس سنين يعلم بغالب العرف أنه يحمل في الخامسة، ولا يحمل فيما قبلها، ففي المساقاة وجهان:

أحدهما: أنها باطلة، لتفويت عمله في الأعوام المتقدمة بغير بدل.

والثاني: أنها جائزة، وهو قول ابن أبي هريرة، وأبي علي الطبري. لأن ثمرة السنة الأخيرة عوض عن عمله في السنين الماضية، كما تكون الثمرة في آخر السنة عوضاً عن عمله في أولها.

والحال الثانية: أن يعلم بغالب العرف أن الفسيل لا يحمل في مدة المساقاة كلها، فالمساقاة باطلة لعدم العوض المستحق علس العامل. فإن عمل العامل فيها عملاً، فعلى قول المزني: لا أجرة له، لأنه رضي بأن لا يأخذ على عمله بدلاً.

وعلى قول أبي العباس بن سريج: له أجرة مثله، لأنه دخل على مساقاة فاسدة.

فلو أثمر هذا الفسيل الذي كان العرف في مثله أنه لا يحمل، لم تصح المساقاة بعد انعقادها على الفساد، وكانت الثمرة، وأجرة العامل على ما مضى من الاختلاف.

والحال الثالثة: أن يجوز في غالب العرف أن يحمل، ويجوز أن لا يحمل، والأمران على سواء، ففي المساقاة وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي اسحاق المروزي: إنها باطلة، لترددها بين جائز وغير جائز.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أن المساقاة جائزة، كما أن ربح

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٦.

المضاربة مجوز، ولا يمنع ذلك من صحة العقد، وكما لو أذن له بالمضاربة في سفر مخوف، صح العقد، وإن جاز تلف المال كجواز سلامته.

فعلى الوجه الأول: له أجرة مثله، إن عمل أثمرت النخل، أو لم تثمر، لأن حدوث الثمرة مجوز، فلم يفوت عمله بغير بدل.

وعلى الوجه الثاني: إن أثمرت كان له حقه من الثمرة، وإن لم تثمر فلا شيء له.

فصل: فلو دفع إليه أرضاً وسقاه على أن يغرس فيها فسيلاً ليكون ثمر الفسيل إذا أثمر بينهما، لم يجز، وكان العقد فاسداً، لأن عقد المساقاة لم يصح، لأنه لم يقع على عين قائمة.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (لَوِ اخْتَلَفَا بَعْدَ أَنْ أَثْمَرَتِ النَّخْلُ عَلَى مُسَاقَاةٍ صَحِيحَةٍ، فَقَالَ رَبُّ النَّخْلِ: عَلَيَّ الثُّلُثُ، وَقَالَ العَامِلُ: بَلْ عَلَيَّ النِّصْفُ، تَحَالَفَا وَكَانَ لَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ: كَانَ أَكْثَرَ مِمَّا أَقَرَّ لَهُ بِهِ رَبُّ النَّخْلِ أَوْ أَقَلَّ، وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى مَا ادَّعَى، سَقَطَتَا وَتَحَالَفَا كَذَلِكَ أَيضاً)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا اختلف رب النخل والعامل بعد اتفاقهما على أصل العقد في صفةٍ من صفاته كالعرض، فيقول رب النخل: ساقيتك على الثلث، ويقول العامل: على النصف، واختلفا في المدة أو في النخل، فإنهما يتحالفان كما يتحالف المتبايعان بكونهما مختلفين في عقد معارضة وقع الاختلاف في صفته، ما لم تقم بينة بما اختلفا فيه، فإذا تحالفا على ما مضى في البيوع، فسخت المساقاة بينهما.

فإن لم يكن للعامل عمل، فلا شيء له. وإن كان له عمل، فله أجره مثله، سواه كان أقل مما ادعى أو أكثر، سواء أثمرت النخل أو لم تثمر؛ لأن العقد إذا ارتفع بالتحالف بطل المسمى، واستحق قيمة المتلف.

فإن حلف أحدهما دون الآخر، قضى للحالف منهما دون الناكل. وإن كانت بينة، عمل عليها من غير تحالف، والبينة: شاهدان، أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين.

فإن أقام كل واحد منهما بينة، فقد تعارضتا، وفيها قولان:

أحدهما: تسقط البينتان، ويرجعان إلى التحالف.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٦.

والثاني: يقرع بينهما، فأيهما قرعت قرعته حكم بها. وهل يحلف صاحبها معها، أم لا؟ على قولين.

فأما استعمال البينتين أو وقوفهما، فلا يجيء في هذا الموضوع. أما استعمالها، فلأن قسمة العقد لا تصح. وأما وقوفهما، فإن وقوف العقد لا يجوز.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ دَفَعا نَخْلاً إِلَى رَجُلٍ مُسَاقَاةً، فَلَمَّا أثمَرَتْ اِخْتَلَفُوا فَقَالَ العَامِلُ: شَرَطْتُمَا لِيَ النِّصْفَ، وَلَكُمَا النِّصْفُ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا وَأَنْكَرَ الآخَرُ، كَانَ لَهُ مُقَاسَمَةُ المُقِرِّ فِي نِصْفِهِ عَلَى مَا أَقَرَّ بِهِ، وَتَحَالَفَ هُوَ وَالمُنْكِرُ، وَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ فِي نِصْفِهِ)[1].

قال الماوردي: وصورتهما في نخل بين شريكين، ساقيا عليها رجلاً واحداً في عقد واحد، ثم أثمرت النخل، فادعى العامل أنهما ساقياه على النصف من جميع الثمرة، فإن صدقاه سلّم إليه النصف، وإن كذباه وقالا: بل ساقيناك على الثلث، تحالف العامل والشريكان على ما مضى، ثم له عليهما أجرة مثله.

ولو صدقه أحدهما وكذبه الآخر، كان عقده مع المصدق سليماً، وأخذ النصف من حصته، وكان عقده مع الآخر مختلفاً فيه. لأنهما عقدان يتميز حكمهما. لتميز أحوالهما.

فإن كان الشريك المصدق عدلاً، جاز أن يشهد على شريكه مع شاهد آخر، لأن شهادة الشريك مقبولة؛ فإن لم يشهد معه غيره جاز أن يحلف معه العامل، فيحكم له بشاهد ويمين لأنه مال.

وأن لم يكن الشريك عدلاً، تحالف العامل والشريك المكذب، فإذا حلفا فسخ العقد في حصته، وحكم له بالنصف من أجرة مثله.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ شَرَطَ مِنْ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ النِّصْفَ، وَمِنْ نَصِيبِ الآخَرِ بِعَيْنِهِ الثُّلُثَ جَازَ وَإِنْ جَهِلاَ ذَلِكَ لَمْ يَجُزْ وَفُسِخَ، فَإِنْ عَمِلَ عَلَى ذَلِكَ، فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ، وَالثَّمَرُ لِرَبِّهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ)[2].

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة. وذكرنا: أنه يجوز للشريكين أن يساقيا رجلاً على عوض متساوٍ ومتفاضل، غير أنه إذا تفاضل العوضان فلا بد أن يعين كل واحد منهما فيما عوض عليه من قدر، فإن جهل بطل للجهالة بما يستحق من حصته، والله أعلم.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٦.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢٦.

مُخْتَصَرٌ مِنَ الجَمعِ فِي الإجَارَةِ مِنْ ثَلاَثِ كُتُبٍ[١]

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٢] وَقَدْ يَخْتَلِفُ الرَّضَاعُ، فَلَمَّا لَمْ يُوجَدْ فِيهِ إِلاَّ هَذَا جَازَتْ فِيهِ الإِجَارَةُ، وَذَكَرَهَا اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ وَعَمِلَ بِهَا بَعْضُ أَنْبِيَائِهِ، فَذَكَرَ مُوسَى عَلَيهِ السَّلاَمُ وَإِجَارتَهُ نَفْسَهُ ثَمَانِيَ حِجَجٍ مَلَكَ بِهَا بُضْعَ امْرَأَتِهِ، وَقِيلَ: اسْتَأْجَرَهُ عَلَى أَنْ يَرْعَى لَهُ غَنَماً، فَدَلَّ بِذَلِكَ عَلَى تَجْوِيزِ الإِجَارَةِ، وَمَضَتْ بِهَا السُّنَّةُ، وَعَمِلَ بِهَا بَعْضُ الصَّحَابَةِ وَالتَّابِعِينَ، وَلاَ اخْتِلاَفَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَهْلِ العِلْمِ بِبَلَدِنَا وَعَوَامِّ أَهْلِ الأَمْصَارِ»[٣].

قال الماوردي: عقد الإجارة على منافع الأعيان جائز، وهو قول الصحابة والتابعين والفقهاء.

وحكى الشافعي خلاف بعض أهل الكلام فيها، وهو ما حكي عن الأصم وابن علية: إنها باطلة. استدلالاً «بنهي النبي ﷺ عن الغرر» والغرر يدخل عقد الإجارة من وجوه شتى:

منها: أن المنافع المستقبلة غير مخلوقة، والعقد على مالم يخلق باطل.

ومنها: أن العقد يتوجه إلى عين حاضرة ترى، أو غائبة توصف، وليست المنافع أعياناً حاضرة ولا غائبة فلم يصح العقد عليها.

ومنها: أن منافع العبد المعقود عليه قد تختلف بحسب اختلاف قوته وضعفه ونشاطه وكسله.

قال الشافعي: وهذا قول جهل ممن قاله. والإجارات أصول في أنفسها، بيوع على وجهها.

والدلالة على جوازها: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٤].

---

(١) في المختصر: مختصر من الجمع في الإجارة من ثلاث كتب في الإجارة، وما دخل فيه سوى ذلك.
(٢) سورة الطلاق، الآية: ٦.
(٣) مختصر المزني: ص ١٢٦. والأم: ٤/ ٢٥.
(٤) سورة الطلاق، الآية: ٦.

قال الشافعي: فأجاز الإجارة على الرضاع، والرضاع يختلف بكثرة رضاع المولود وقلته، وكثرة اللبن وقلته، ولكن لما لم يوجد فيه إلا هذا جازت الإجارة عليه. وإذا جازت عليه، جازت على مثله، وما هو في مثله معناه، وهذا استدلال صحيح لأن جهالة الرضاع من وجهين:

أحدهما: قلة اللبن وكثرته.

والثاني: قلة شرب الصبي وكثرته، ثم صحت الإجارة فيه، فكانت صحتها في غيره أولى.

واستدل الشافعي على ذلك بقوله تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الأَمِينُ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾[1] فذكر الله تعالى أن نبياً من أنبيائه آجر نفسه حججاً مسماة ملك بها بضع امرأة، فدل على جواز الإجارة[2].

واختلفوا: هل كان استئجار موسى لحجج تؤدى، أو لعمل يستوفى؟.

فقال قوم: بل كان على حجج، استدلالاً بظاهر اللفظ، وجعلوا ذلك دليلاً على جواز الإجارة على الحج.

وقال آخرون: بل كان على عمل، وهو رعي غنم ثماني سنين. والعرب تسمي السنة حجة، لأنه لا يقع في السنة الواحدة إلا حجة واحدة.

قال الشاعر:

كَأَنِّي وَقَدْ جَاوَزْتُ سَبْعِينَ حُجةً خَلفتُ بِهَا عَنْ منكِبِي دَائِياً

واستدل أبو إسحاق المروزي على جواز الإجارة من الكتاب بقوله تعالى في قصة موسى والخضر عليهما السلام: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَاراً يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَّ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ

---

(١) سورة القصص، الآيتان: ٢٦ و ٢٧.

(٢) الأم: ٤/ ٢٥ وزاد: «على أنه لا بأس بها على الحجج: إن كان على الحجج استأجره وإن كان استأجره على غير حجج فهو تجويز الإجارة بكل حال. وقد قيل: استأجره على أن يرعى له غنماً، والله تعالى أعلم.

﴿لاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً﴾[1]. فدل ذلك من قول موسى عليه السلام وإمساك الخضر، على جواز الإجارة واستباحة الأجرة.

ويدل على ذلك من طريق السنة رواية أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال: «أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه»[2].

وروى أبو سعيد الخدري وأبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لاَ يَسْتَامُ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ وَلاَ يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَتِهِ وَلاَ تَنَاجَشُوا وَلاَ تَبِيعُوا بِإِلْقَاءِ الحَجَرِ وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَلْيَعْلِمْهُ أَجْرَهُ»[3].

وروي عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «ثَلاَثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَمَنْ كُنْتُ خَصْمَهُ خَصَمْتُهُ: رَجُلٌ بَاعَ حُراً فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَاسْتَوْفَي مِنْهُ وَلَمْ يُوَفِّهِ أَجْرَهُ. ورجل أعطى بصفقة يمينه ثم غدر»[4].

وروي أن النبي ﷺ قال: «أَيَعْجَزُ أَحَدُكُمْ أَنْ يَكُونَ كَصَاحِبِ الفَرَقِ وَذَكَرَ قِصَّةَ ثَلاَثَةٍ مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ: أَنَّ أَحَدَهُمْ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً بِفَرَقٍ مِنْ بُرٍّ فَعَمِلَ وَلَمْ يَأْخُذْ أُجْرَتَهُ، فَزَرَعَهُ لَهُ حَتَّى نَمَا وَصَارَ قَدْراً عَظِيماً ثُمَّ عَادَ الأَجِيرُ فَدَفَعَ إِلَيْهِ جَمِيعَهُ»[5].

---

(١) سورة الكهف، الآية: ٧٧.

(٢) حديث أبي هريرة: أخرجه ابن ماجة من حديث ابن عمر في الرهون (٢٤٤٣) وفي إسناده: وهب بن سعيد، وعبد الرحمن بن زيد ضعيفان. وفي سنن البيهقي ٦/ ١٢٠ من حديث أبي هريرة من طريق ابن المبارك، عن أبي حنيفة، عن حماد، عن إبراهيم، عن الأسود، عن أبي هريرة مرفوعاً وفيه: ومن استأجر أجيراً فليعلمه أجره» ومن حديث أبي سعيد الخدري. وأخرجه من طريق محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعاً وضعّفه.

وأصله في صحيح البخاري من حديث أبي هريرة (٢٢٢٧) «ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره».

(٣) حديث أبي هريرة: في «نهى أن يبيع حاضر لبادٍ. ولا تناجشوا، ولا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في إنائها». أخرجه البخاري بهذا اللفظ. في البيوع (٢١٤٠) و (٢٧٢٣) والنكاح (٥١٤٤) و (٦٦٠١) ومسلم في النكاح (١٤١٣) (٥١) و (٥٢) و (٥٣) ومالك في الموطأ ٢/ ٥٢٣ وليس فيه زيادة الحاوي. وأخرجه أيضاً النسائي ٦/ ٧٣ وأبو داود (٢٠٨٠) والترمذي (١١٣٤) والبيهقي ٧/ ١٧٩ وأحمد ٢/ ٤١١. وقد تقدمت الزيادة في الهامش السابق.

(٤) حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري في البيوع (٢٢٢٧) والإجارة (٢٢٧٠) وابن ماجة (٢٤٤٢) والبيهقي ٦/ ١٢١ وأحمد ٢/ ٣٥٨.

(٥) حديث ابن عمر: خرج ثلاثة نفرٍ يمشون فأصابهم المطر فدخلوا في جبلٍ فانحطت عليهم صخرة. قال:

وروي عنه ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «مَثَلُكُمْ فِيمَنْ مَضَى كَرَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً مِنْ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى زَوَالِهَا بِقِيرَاطٍ»(١) الحديث.

وروي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا أَرَادَ الْهِجْرَةَ قَالَ: «يَا عَلِيُّ أَرْبِدْ لَنَا دَلِيلاً مِنَ الأَزْدِ فَإِنَّهُمْ أَوْفَى لِلْعَهْدِ فَاسْتَأْجَرَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ أُرَيْقِطَ اللَّيْثِي مِنَ الأَزْدِ دَلِيلاً إِلَى الْمَدِينَةِ»(٢).

وروي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا وُلِدَ ابْنُهُ إِبْرَاهِيمُ اسْتَأْجَرَ لَهُ ظِئْراً يُقَالُ لَهَا: أُمُّ سَيْفٍ امْرَأَةُ قَيْنٍ بِالْمَدِينَةِ يُقَالُ لَهُ أَبُو يُوسُفَ(٣).

وروى أبو أمامة قال: قُلْتُ لابْنِ عُمَرَ بِأَنِّي رَجُلٌ أُكْرِي إِبِلِي أَفَتُجْزِىءُ عَنِّي مِنْ حِجَّتِي فَقَالَ: أَلَسْتَ تُلَبِّي وَتَقِفُ وَتَرْمِي قُلْتُ: بَلَى. قال ابن عمر: سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَجُلٌ عَمَّا سَأَلْتَنِي عَنْهُ فَلَمْ يُجِبْهُ حَتَّى أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾(٤) وروي أن علياً عليه السلام كَانَ يَسْقِي الْمَاءَ لامْرَأَةٍ يَهُودِيَّةٍ كُلُّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ(٥).

وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: نَشَأْتُ يَتِيماً وَهَاجَرْتُ مِسْكِيناً، وَكُنْتُ أَجِيراً لِبُسْرَةَ بِنْتَ صَفْوَانٍ بِعَقَبَةِ رَجْلِي وَطَعَامِ بَطْنِي فَكُنْتُ أَخْدِمُ إِذَا نَزَلُوا وَأَحْدُوا إِذَا رَكِبُوا، فَزَوَّجَنِيهَا اللَّهُ، فَالْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي جَعَلَ الدِّينَ قَوَاماً، وَجَعَلَ أَبَا هُرَيْرَةَ إِمَاماً(٦).

فقال بعضهم لبعض: ادعوا الله بأفضل عملٍ عملتموه...» أخرجه البخاري في البيوع (٢٢١٥) والحرث والمزارعة (٢٣٣٣) وفي أحاديث الأنبياء (٣٤٦٥) وفي الأدب (٥٩٧٤) ومسلم في الذكر والدعاء (٢٧٤٣) وهو من حديث أبي هريرة: عند البخاري (٢٢٧٢) ومسلم (٢٧٤٣) وأحمد ٢/ ١١٦.

(١) حديث ابن عمر: «إنما مثلكم واليهود والنصارى كرجلٍ استعمل عمّالاً فقال: من يعمل لي إلى نصف النهار على قيراط قيراط؟ فعملت اليهود على قيراط قيراط، ثم عملت النصارى على قيراطٍ قيراط، ثم أنتم الذين تعملون من صلاة العصر إلى مغارب الشمس على قيراطين قيراطين، فغضبت اليهود والنصارى وقالوا: نحن أكثر عملاً وأقل عطاءً...» أخرجه البخاري في الإجارة (٢٢٦٩) وفضائل القرآن (٥٠٢١) والتوحيد (٧٤٦٧) والترمذي (٢٨٧١) والبيهقي ٦/ ١١٨ وأحمد ٢/ ١١١.

(٢) في حديث عائشة عند البخاري في الاجارة (٢٢٦٣) «واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الدِّيل، ثم من بني عبد بن عدي هادياً خرِّيتاً، وهو على دين كفار قريش، فأمناه، فدفعا إليه راحلتيهما...» و (٢٢٦٤)، و (٣٠٢٨) و (٤٣٤١) و (٤٣٤٣) و (٦١٢٤) و (٦٩٢٣).

(٣) حديث أنس بن مالك: أخرجه البيهقي ٦/ ١٢٧.

(٤) سورة البقرة، الآية: ١٩٨، وراجع الدر المنثور للسيوطي ٢/ ٥٣٥ وقال: حديث أبي أمامة: أخرجه عبد الرزاق، وسعيد بن منصور، وابن أبي شيبة، وأحمد، وأبو داود، وابن جرير، وابن المنذر، والحاكم، وصححه البيهقي، وتقدم في الحج.

(٥) أخرجه البيهقي من حديث فاطمة ٦/ ١٢٠.

(٦) حديث أبي هريرة: أخرجه ابن ماجة في الرهون (٢٤٤٥).

ولأن الحاجة إلى الإجارة داعية، والضرورة إليها ماسة، لأنه ليس كل من أراد عملاً قدر عليه بنفسه، ولا إن قدر عليه حسن به. كما أنه ليس كل من أراد طعاماً لمأكله وثياباً لملبسه قدر على عمله بنفسه وعلى إحداثه وإنشائه، فدعت الضرورة إلى الإجارة على المنافع، كما دعت الضرورة إلى ابتياع الأعيان، ثم كان البيع جائزاً، فكذلك الإجارة.

وأما الجواب عن استدلالهم «بنهيه ﷺ عن الغرر» من وجهين:

أحدهما: أنه ليس بغرر، لأن حقيقة الغرر ما تردد بين وازين على سواء، والأغلب في الإجارة حال السلامة.

والثاني: إنه غرر خص بالشرع لقلته وضرورته.

وأما الجواب عن قولهم: إنه عقد على مالم يخلق كالبيع، فهو: أن بيع مالم يخلق إنما بطل لأنه يمكن العقد عليه بعد أن خلق، والمنافع لما لم يمكن العقد عليها بعد أن خلقت لفواتها، جاز العقد عليها قبل أن تخلق.

وأما الجواب عن قولهم: إنها ليست أعواناً حاضرة ولا غائبة، فهو: أنها منافع أعيان حاضرة فأشبه النكاح.

وأما الجواب عن قولهم: إن المنافع تختلف من الوجوه التي ذكرت، فهو إن العقد إن كان على منافع مضمونة في الذمة فهي معلومة غير مختلفة، وإن كان على مدة فإنه يستوفي من العبد عمل مثله جبراً إن لم يؤده طوعاً حتى تنقضي مدة إجازته.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من جواز الإجارة. فهي كالبيع يعتبر إنعقادها بأربعة: بمؤجر، ومستأجر، ومؤاجر، وأجرة.

فأما المؤجر: باذل المنفعة كالبائع، وهو من صح بيعه صحت إجارته، ومن لم يصح بيعه من مولى عليه وغاصب لم تصح إجارته.

وأما المستأجر: فهو طالب المنفعة كالمشتري، وهو من صح شراؤه صح استئجاره، ومن لم يصح شراؤه من مولى عليه لم يصح استئجاره.

وأما المؤاجر: فهو كل عين صح الانتفاع بها مع بقائها صحت إجارتها، كالدور والعقار إذا لم يكن المقصود من منافعها أعياناً كالنخل والشجر، وما لم يصح الانتفاع به مع بقاء عينه لم تصح إجارته كالدراهم والمأكول، لأن منفعة الدراهم بإزالتها عن الملك

ومنفعة المأكول بالاستهلاك. فإن استأجرهما لمنفعة تستوفي مع بقاء أعيانهما، كاستئجار الدراهم للجمال واستئجار الطعام ليعتبر مكيال ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: يصح، لوجود المعنى من حصول الانتفاع مع بقاء العين.

والوجه الثاني: لا يصح، لأن هذا نادر من منافع ذلك، والأغلب سواه، فصار حكم الأغلب هو المغلب. ولأن المنافع المضمونة بالإجارة هي المضمونة بالغصب، ومنافع الدراهم والطعام لا تضمن بالغصب فلم يصح أن تضمن بالإجارة.

وهكذا ما كانت منافعه أعياناً من النخل والشجر، لأن منافعهما ثمار هي أعيان يمكن العقد عليها بعد حدوثها، فلم تصح العقد عليها قبله. وهكذا الغنم فإن استأجر ذلك لمنفعة تستوفي مع بقاء العين، كالاستظلال بالشجر، أو ربط مواش إليها، أو سفن، فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون هذا غالباً فيها ومقصوداً من منافعها، فتصح الإجارة عليها.

والثاني: أن يكون نادراً غير مقصود في العرف، فيكون على ما مضى من الوجهين.

ثم العقد: وإن توجه إلى العين، فهو إنما تناول المنفعة لأن الأجرة في مقابلتها، وإنما توجه إلى العين لتعيين المنفعة بها. وقال أبو إسحاق المروزي: العقد إنما يتناول العين دون المنفعة ليستوفي من العين مقصوده من المنفعة، لأن المنافع غير موجودة حين العقد، فلم يجز أن يتوجه العقد إليها.

وهذا خطأ. ألا ترى أنه قد يصح العقد على منفعة مضمونة في الذمة غير مضافة إلى عين، كرجل استأجر من رجل مضموناً في ذمته، وإذا كان كذلك، فلا بد أن تكون المنفعة معلومة، كما لابد أن يكون المبيع معلوماً. فإن كانت مجهولة لم تصح الإجارة، كما لو كان المبيع مجهولاً، والعلم بها قد يكون من وجهين:

أحدهما: تقدير العمل مع الجهل بالمدة.

والثاني: تقدير المدة مع الجهل بقدر العمل.

فأما ما يتقدر فيه بالعمل دون المدة، فمثاله، أن يقول: قد استأجرتك على أن تخيط لي هذا الثوب، أو تنسج لي هذا الغزل، أو تصوغ لي هذا الخلخال، فتصير الإجارة مقدرة بالعمل، فلا يجوز اشتراط المدة فيها، فإن شرط فيها المدة بطلت. لأنه إذا قال: قد

استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم، فقد يفرغ منه في بعضه، فإن لم يعمل في باقيه فقد أخل بمقتضى شرطه، وأن عمل فقد زاد على عقده.

وأما ما يتقدر فيه بالمدة دون العمل، فمثاله أن يقول: قد استأجرتك على أن تبني لي شهراً، فتصير الإجارة مقدرة بالمدة فتصح، ولا يجوز تقدير العمل فيها إذا كان جنسه معلوماً. فإن شرط فيها قدر العمل بطلت، لأنه قد لا يستكمل ذلك العمل في تلك المدة. فإن ترك باقيه، فقد أخل بمقتضى شرطه، وإن عمل فقد زاده في عقده.

فصل: وأما الأجرة فهو العوض الذي في مقابلة المنفع، كالثمن في مقابلة المبيع، وحكمه كحكمه في جوازه معيناً، وفي الذمة.

فإن كان في الذمة، فلا بد أن يكون معلوم الجنس والصفة والقدر، فإن جهلت بطلت الإجارة.

وإن كان معيناً، فهل يصح العقد مع الجهالة بقدره إذا كان مشاهداً أم لا؟ اختلف أصحابنا، فكان بعضهم يخرجه على قولين، كالسلم إذا كان الثمن المشاهد فيه جزافاً قد جهل قدره. وقال آخرون: بل يصح قولاً واحداً كالمبيع، لأن المنافع في حكم الأعيان المقبوضة، بخلاف السلم.

فإذا تقرر هذا، فكل ما جاز أن يكون عوضاً أو معوضاً جاز أن يكون أجرة. فلو استأجر داراً بمنافع دار أخرى، أو برقبة دار أخرى، جاز.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز. وهذا خطأ لأن المنافع قد أقيمت في الشرع مقام الأعيان في جواز العقد عليها وأخذ العوض منها، ووجوب بدلها على متلفها، فجاز أن تكون ثمناً وأجرة، كما جاز أن تكون مستأجرة.

فأما إذا استأجر عبداً بنفقته أو بعيراً بعلوفته، لم يجز لجهالته وأجازه مالك، تعلقاً بأن أبا هريرة أجر نفسه بطعام بطنه وعقبة رجله. وهذا محتمل أن يكون أجرها بما يكفيه لطعام بطنه وعقبة رجله، أو يكون شرط ذلك مقدراً.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فالإجارات صنف من البيوع لأنها تمليك من كل واحد منهما لصاحبه)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٦.

وهذا كما قال. عقد الإجارة من العقود اللازمة، لا يجوز فسخه إلاّ بعيب كالمبيع.

قال الماوردي: فإن كان العيب موجوداً في الشيء المؤاجر كالدار إذا خربت، والدابة إذا مرضت، فللمستأجر أن يفسخ دون المؤجر، كما لو وجد بالمبيع عيب كان للمشتري أن يفسخ دون البائع.

وإن كان العيب موجوداً في الأجرة، فإن كانت في الذمة أبدل المعيب بغيره ولا خيار. وإن كانت معينة، فللمؤجر أن يفسخ دون المستأجر، كما يفسخ البائع بوجود العيب في الثمن المعين دون المشتري، ولا يجوز فسخ الإجارة بعذر يطرأ، إذا لم يظهر في المعقود عليه عيب.

وقال أبو حنيفة: يجوز للمستأجر فسخ الإجارة بالأعذار الظاهرة مع السلامة من العيوب، ولا يجوز للمؤجر أن يفسخ بالأعذار مثل أن يستأجر جملاً لحج ثم يبدو له العدول من الحج، إما لعذر أو غير عذر، فيصير ذلك عذراً في فسخ الإجارة. أو يستأجر داراً ليسكنها ثم يريد النقلة عن البلد، أو يستأجر حرزاً لمتاعه ثم يريد بيعه، أو يستأجر من يطحن له برا ثم يريد بذره، إلى ما أشبه ذلك من الأعذار. فيجعل له بها فسخ الإجارة استدلالاً بأن عقود المنافع لا تلزم من الطرفين كالوكالة، ولأن للأعذار مدخلاً في فسخ الإجارة.

ألا ترى أن من استؤجر لقلع ضرس فبرأ، جاز للسمتأجر فسخ الإجارة للعذر الطارىء ولم يجبر على قلع ضرسه، وكذا كل عذر؟.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] فكان عموم هذا الأمر يوجب الوفاء بكل عقد، مالم يقم دليل يخصصه. ولأن كل عقد لزم العاقدين مع سلامة الأحوال، لزمهما مالم يحدث بالعوضين نقص كالبيع. ولأن كل عقد لزم العاقد عند ارتفاع العذر لم يحدث له خيار بحدوث عذر كالزوج، ولأن كل سبب لا يملك به المؤجر الفسخ لم يملك به المستأجر الفسخ، كالأجرة لا يكون حدوث الزيادة فيها موجباً لفسخ المؤجر، كما لم يكن حدوث النقصان فيها موجباً لفسخ المستأجر؛ لأن نقصانها في حق المستأجر كزيادتها في حق المؤجر، ولأنه عقد إجارة فلم يجز فسخه بعذر كالمؤجر.

---

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

ولأن العقود نوعان: لازمة، فلا يجوز فسخها لعذر كالبيع. وغير لازمة، فيجوز فسخها لغير عذر كالقراض. فلما لم يكن عقد الإجارة ملحقاً بغير اللازم في جواز فسخه بغير عذر، وجب أن يكون ملحقاً باللازم في إبطال فسخه بعذر.

فأما الجواب عن قياسه على الوكالة، فهو: أن الوكالة غير لازمة يجوز فسخها بعذر وغير عذر، وليس كذلك الإجارة.

وأما استدلاله بأن للأعذار تأثيراً في عقود الإجارات كالضرس المستأجر على قلعه إذا برىء، فالجواب عنه هو: أن من ملك منفعة بعقد إجارة فقد استحقها، وليس يجب عليه استيفاؤها. ألا ترى أن من استأجر سكنى دار فله أن يسكنها ولا يجبر على سكناها، فإن مكن من سكناها، فلم يسكن فعليه الأجرة، هذا أصل مقرر في الإجارة.

وإذا كان كذلك، فإن كان الضرس على حاله مرضه وألمه، فقلعه مباح، وللمستأجر أن يأخذ الأجير بقلعه إن شاء. فإن أبى المستأجر أن يقلعه مع ألمه لم يجبر عليه، وقيل له: قد بذل لك الأجير القلع وأنت ممتنع، فإذا مضت مدة يمكن فيها قلعه فقد استحق أجرته، كما لو مضت مدة السكنى.

وإن برأ الضرس في الحال قبل إمكان القلع، بطلت الإجارة لأن قلعه قد حرم، وعقد الإجارة إنما يتناول مباحاً لا محظوراً، فصار محل العمل معدوماً، فلذلك بطلت الإجارة. كما لو استأجره لخياطة ثوب فتلف، إذ لا فرق بين تعذر العمل بالتلف، وبين تعذره بالحظر.

فصل: فإذا تقرر أن عقد الإجارة من العقود اللازمة، وأن فسخه بالعذر غير جائز، فلا يجوز اشتراط المثلات فيه.

وقال أبو حنيفة: يجوز اشتراط الخيار فيه، كما يجوز في البيع، لأنهما معاً من عقود المعاوضات.

ودليلنا: هو أن ما لزم من عقود المنافع لم يصحّ اشتراط الخيار فيه كالنكاح. ولأنّ اشتراط الثلاث يتضمن إتلاف بعض المعقود عليه، فيما ليس بتابع للمعقود عليه مع بقاء العقد في جميعه، فلم يصح. كما لو شرط في ابتياع العبدين أنه تلف أحدهما في يد البائع، لم يبطل البيع. ولأن المعقود عليه إذا لم يبق جميعه في مدة الخيار، لم يصح اشتراط الخيار، قياساً على بيع الطعام الرطب.

فصل: فإذا صح أن خيار الشرط لا يدخله، فقد اختلف أصحابنا: هل يدخله خيار المجلس أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يدخله كالبيع، لكونهما عقدي معاوضة. فعلى هذا، إن أجرها المؤجر من غير المستأجر في خيار المجلس، صحت الإجارة الثانية، وكان ذلك فسخاً للإجارة الأولى.

وقال بعض أصحابنا: تنفسخ الإجارة الأولى، ولا تصح الإجارة الثانية حتى يتقدمها الفسخ، لئلا يصير الفعل الواحد فسخاً وعقداً لتنافيهما.

ولهذا القول وجه، لأن المذهب هو الأول. وتوجيه المذهب: هو أن استقرار العقد الثاني يوجب فسخ العقد الأول بالتأهب للثاني وعلى هذا الوجه، لو أجره المستأجر كانت إجارته باطلة، سواء قبضه، أو لم يقبضه لأن خيار المؤجر يمنع من إمضاء المستأجر. وعلى هذا الوجه، لو افترقا عن تراض لم يكن للمستأجر أن يؤجره قبل قبضه، كما ليس للمشتري بيع ما لم يقبضه.

والوجه الثاني: أن خيار المجلس لا يدخله، ويصير العقد بالبذل والقبول لازماً. لأن خيار المجلس يفوت بعض المدة، فأشبه خيار الشرط. فعلى هذا، لو أجره المؤجر قبل الافتراق أو بعده، لم يجز. ولو أجره المستأجر، فإن كان بعد القبض جاز، وإن كان قبله فعلى وجهين:

أحدهما: يجوز، لمفارقته البيع في الخيار، ففارقه في القبض.

والوجه الثاني: لا يجوز، لكون المنفعة مضمونة على المستأجر، وأشبه ضمان المبيع على البائع، وإن فارق البيع في حكم الخيار.

وهذان الوجهان في إجارة ما لم يقتصر منه على اختلاف أصحابنا في عقد الإجارة، مثل تناول الدار المؤجرة لاستيفاء المنفعة منها، أو تناول المنفعة. فقال أبو إسحاق المروزي: عقد الإجارة إنما تناول الدار المؤجرة، لأن المنافع غير مخلوقة. فعلى هذا، يمنع من إجارتها قبل القبض، كما يمنع من البيع.

والوجه الثاني: وهو قول الأكثر من أصحابنا: إن العقد إنما تناول المنفعة دون الرقبة، لأن العوض في مقابلتها. ولا يصح أن يتوجه العقد إلى ما لم يقابله العوض، وتصير

المنافع بتسليم الرقبة مقبوضة حكماً. وإن لم يكن القبض مستقراً إلا بمضي المدة فعلى هذا تجوز إجارتها قبل قبضها. وبالله التوفيق.

مسالة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلِذَلِكَ يَمْلِكُ الْمُسْتَأْجِرُ الْمَنْفَعَةَ الَّتِي فِي الْعَبْدِ وَالدَّارِ وَالدَّابَّةِ إِلَى الْمُدَّةِ الَّتِي اشْتَرَطَهَا حَتَّى يَكُونَ أَحَقَّ بِهَا مِنْ مَالِكِهَا. وَيَمْلِكُ بِهَا صَاحِبُهَا الْعِوَضَ، فَهِيَ مَنْفَعَةٌ مَعْقُولَةٌ مِنْ عَيْنٍ مَعْلُومَةٍ، فَهِيَ كَالْعَيْنِ الْمَبِيعَةِ. وَلَوْ كَانَ حُكْمُهَا بِخِلَافِ الْعَيْنِ، كَانَتْ فِي حُكْمِ الدَّيْنِ، وَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَكْتَرِيَ بِدَيْنٍ، لأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ دَيْنَاً بِدَيْنٍ، وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ. قَالَ: وَإِذَا دَفَعَ مَا أَكْرَى، وَجَبَ لَهُ جَمِيعُ الْكِرَاءِ، كَمَا إِذَا دَفَعَ جَمِيعَ مَا بَاعَ وَجَبَ لَهُ جَمِيعُ الثَّمَنِ، إِلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَ أَجَلاً)[1].

قال الماوردي: ويملك بها صاحبها العوض، فهي منفعة معقولة من عين معروفة، فهي كالعين المبيعة.

ولو كان حكمها خلاف حكم العين لكانت في حكم الدين، ولم يجز أن يكتري بدين لأنه حينئذ يكون ديناً بدين وقد نهى النبي ﷺ عن الدين بالدين[2]

فإذا دفع ما أكرى، وجب له جميع الكراء. كما إذا دفع ما باع، وجب له جميع الثمن إلا أن يشترط أجلاً، وهذا صحيح.

وجملة القول في عقد الإجارة: أنه يتضمن تمليك منافع في مقابلة أجرة. فأما المنافع، فلا خلاف أنها تملك بالعقد، ويستقر الملك بالقبض. وأما الأجرة فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يشترط حلولها، فتكون حالة اتفاقاً.

والثاني: أن يشترطا تأجيلها أو تنجيمها، فتكون مؤجلة أو منجمة إجماعاً.

والثالث: أن يطلقاها، فلا يشترطا فيها حلولاً ولا تأجيلا، فقد اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب:

فمذهب الشافعي فيها: أن الأجرة تكون حالة تملك بالعقد، وتستحق بالتمكين.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٦.

(٢) سبق تخريجه في البيوع. وورد أيضاً بلفظ: الكالىء بالكالىء.

وقال أبو حنيفة: لا تعجل الأجرة، بل تكون في مقابلة المنفعة. فكلما مضى من المنفعة جزء، ملك ما في مقابلته من الأجرة. لكن لما شق أن يستوفي ذلك على يسير الأجزاء، استحق أجرة يوم بيوم.

وقال مالك: لا يستحق الأجرة إلا بمضي جميع المدة.

واستدلا على أن الأجرة لا تتعجل بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[1] فاقتضى أن يكون باستكمال الرضاع تستحق الأجرة. وبما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «اعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ» فكان ذلك منه حثاً على تعجيلها في أول زمان استحقاقها، وذلك بعد العمل الذي تعرف به.

ولأن أصول العقود موضوعة على تساوي المتعاقدين فيما يملكانه بالعقد، ويكون ملك العوض تالياً لملك المعوض، كالبيع إذا ملك على البائع المبيع، ملك به الثمن. وإذا سلم المبيع استحق قبل قبض الثمن، فلما كان قبض المنافع مؤجلاً وجب أن يكون قبض الأجرة مؤجلاً.

وتحريره قياساً أنه عقد معاوضة فوجب أن يكون استحقاق العوض بعد إقباض المعوض كالبيع. ولأن ما استحق من الأعواض على المنافع يلزم أداؤه بعد تسليم المنافع كالجعالة والقراض، ولأن ملك المؤجر للأجرة يمنع من استحقاقها عليه بالعقد، وقد ثبت أن الدار المؤجَّرة لو انهدمت قبل تقضي المدة استرجع من المؤجر ما قبضه من الأجرة، فدل على أنه لم يكن مالكاً للأجرة.

ودليلنا هو: أن ما لزم من عقود المنافع استحق العوض فيه حالاً كالنكاح، ولأن كل عوض تعجل بالشرط فإطلاقه يوجب حلوله كالثمن، ولأن الأصول موضوعة على أن تسليم المعوض يوجب تسليم العوض ليستوي حكم المتعاقدين فيما يملكانه من عوض ومعوض، فلا يكون حظ أحدهما فيه أقوى من حظ الآخر؛ كالبيع إذا سلم المبيع فيه وجب تسليم الثمن، وكالنكاح إذا حصل التمكين وجب تسليم الصداق. كذلك الإجارة إذا حصل تسليم المنفعة، وجب تسليم الأجرة والمنافع ها هنا بالتمكين مقبوضة حكماً، وإن لم يكن القبض مستقراً لأمور أربعة:

أحدها: ما ذكره الشافعي: أنها لو كانت مؤجلة وبالتمكين غير مقبوضة لما جاز

---

(١) سورة الطلاق، الآية: ٦.

تأجيل الأجرة، لأنه يصير ديناً بدين. وقد ورد النهي عنه، وفي إجماعهم على جواز تأجيلها دليل على حصول قبضها.

والثاني: أنها لو لم تكن مقبوضة لما جاز لمستأجر الدار أن يؤجرها، لأن بيع ما لم يقبض باطل، وفي إجماعهم على جواز إجارتها دليل على حصول قبضها.

والثالث: أن الزوجة لا يلزمها التمكين من نفسها إلا بعد قبض صداقها، ولو كان صداقها سكنى دار تسلمتها لزمها تسليم نفسها، فلولا حصول قبضها لصداقها ما ألزمت تسليم نفسها.

والرابع: أن الأجرة لو لم تملك بتسليم الدار والتمكين من السكنى، لما جازت المضاربة عليها، وأن يأخذ عن الذهب ورقاً وعن الورق ذهباً، كما لا يجوز مثل ذلك في الديون المؤجلة، وفي جواز ذلك دليل على وجوبها.

وإذا ثبت بما ذكرنا من الشواهد أن المنافع في حكم المقبوضة بالتمكين، لزم تسليم ما في مقابلتها من الأجرة. فإن قيل: فلم جعلتم المنافع مقبوضة حكماً وإن لم يكن القبض مستقراً، وجعلتم الأجرة مقبوضة قبضاً مستقراً؟.

قيل: لأنه ليس يمكن أن تكون الأجرة مقبوضة حكماً فجعلنا القبض فيها مستقراً، ولا يمكن في المنافع أن يكون القبض فيها مستقراً فجعلناه حكماً، على أنهما سواء. لأن معنى قولنا: إن المنافع مقبوضة حكماً، لأنه قد يتصرف في الدار وإن جاز أن يزول ملكه عن منافعها بالهدم، كذلك الأجرة قد يتصرف فيها المؤجر وإن جاز أن يزول ملكه عنها بالهدم.

وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[1] فهو: أن معناه فإن بذلن الرضاع، لا أنه أراد استكمال الرضاع كما قال سبحانه: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ﴾[2] أي: يبذلوا.

ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾[3] ولو كان ذلك بعد إتمام الرضاع ما احتاج إلى إرضاع أخرى، فصارت الآية دليلاً لنا.

---

(١) سورة الطلاق، الآية: ٦.

(٢) سورة التوبة، الآية: ٢٩.

(٣) سورة الطلاق، الآية: ٦.

وأما الجواب عن قوله ﷺ: «أَعْطُوا الأَجِيرَ أُجْرَتَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ»(١) فهو: أن استدلالنا منه كاستدلالهم، لأنه قد يعرق حين يعمل، فيقتضي أن يستحق أخذها قبل إتمام العمل، على أنه يجوز أن يكون وارداً فيمن شرط تأخير أجرته. وأما استدلالهم بالأصول واستشهادهم بالشرع فقد بينا وجه الاستدلال به فكان دليلاً وانفصالاً.

وأما قياسهم على الجعالة والقراض، فالمعنى فيهما: إن سلم القياس من النقض بالنكاح، أن العقد فيهما غير لازم، فلم يقع فيهما إجبار، والإجارة لازمة فوقع فيها إجبار.

وأما استدلالهم بأنه لو ملكها ما استرجعت بالانهدام، فهو: باطل باشتراط التعجيل، وبالنكاح وبالبيع في استرجاع بعض الثمن في أرش العيب، فبطل الاستدلال.

فصل: فإذا تقرر أن الأجرة يستحقها المؤجر حالة بالعقد، فما لم يقبضها فهي له دين كالأثمان. فإن لم يسلم ما أجره فلا مطالبة له بالأجرة، كما لا يطالب بثمن ما لم يقبضه. فإذا سلّم أجره، استحق المطالبة بأجرته، كما يتسحق المطالبة بثمن ما أقبضه. فإذا قبض الأجرة فقد ملكها، وهل يكون ملكه مستقراً عليها أو مراعى فيه؟ قولان مضيا في كتاب الزكاة:

أحدهما: مراعى لتردده بين سلامة الدار المؤجرة فتستقر، وبين انهدامها فيرتجع.

والثاني: إنه مستقر، وإن جاز أن يرتجع بالانهدام. لأن الظاهر سلامة الحال، كما أن بائع السلم مستقر الملك على ثمنه. وإن جاز أن يرتجع منه لعدم المسلم فيه. وكما أن الزوجة مستقرة الملك على صداقها، وإن جاز أن يرتجع جميعه بالردة، ونصفه بالطلاق قبل الدخول.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِذَا قَبَضَ الْعَبْدَ فَاسْتَخْدَمَهُ، أَوِ الْمَسْكَنَ فَسَكَنِهُ، ثُمَّ هَلَكَ الْعَبْدُ أَوِ انْهَدَمَ الْمَسْكَنُ، حُسِبَ قَدْرُ مَا اسْتُخْدِمَ وَسُكِنَ، فَكَانَ لَهُ وَرَدَّ بِقَدْرِ مَا بَقِيَ عَلَى الْمُكْتَرِي. كَمَا لَوِ اشْتَرَى سَفِينَةَ طَعَامٍ كُلُّ قَفِيزٍ بِكَذَا، فَاسْتَوْفَى بَعْضاً فَاسْتَهْلَكَهُ، ثُمَّ هَلَكَ الْبَاقِي، كَانَ عَلَيْهِ مِنَ الثَّمَنِ بِقَدْرِ مَا قَبَضَ، وَرَدَّ قَدْرَ مَا بَقِيَ)(٢).

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا استأجر عبداً سنة ليخدمه، أو داراً سنة ليسكنها، فانهدمت الدار ومات العبد، فلا يخلو ذلك من ثلاثة أحوال:

---

(١) سبق تخريجه في أول الكتاب.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢٦.

أحدها: أن يكون ذلك قبل تسليم العبد وإقباض الدار، فلا خلاف أن الإجارة قد بطلت، والأجرة المسماة فيها قد سقطت. فإن كان المؤجر قد قبضها فعليه ردها، لأن ما تضمنه العقد مضمون على عاقده ما لم يسلمه، كالمبيع مضمون على بائعه ما لم يسلمه.

والحال الثانية: أن يكون موت العبد وانهدام الدار بعد تقضي المدة واستيفاء السكنى والخدمة، فالإجارة قد مضت سليمة، والأجرة فيها مستقرة، ولا تراجع بينهما.

والحال الثالثة: أن يكون ذلك بعد تسليم العبد والدار، وقبل استيفاء السكنى والخدمة، فمذهب الشافعي: أن الإجارة تبطل فيما بقي من المدة بموت العبد وانهدام الدار، وبه قال مالك وأبو حنيفة والفقهاء.

وقال أبو ثور: الإجارة صحيحة والأجرة للمستأجر لازمة، والمنافع عليه مضمونة، استدلالاً بأن تسليم الدار المؤاجرة كتسليمها لو كانت مبيعة في استحقاق العوض وتسليم المعوض. ثم ثبت أنه لو قبضها عن بيع فاسد فانهدمت كانت مضمونة عليه ولم ينفسخ البيع، كذلك إذا قبضها بإجارة.

وهذا خطأ، لأن المنافع مقبوضة حكماً في حق المستأجر لجواز تصرفه فيها، وغير مقبوضة إلا بمضي المدة في حق المؤجر لما عليه من ضمانها وتسليمها. وليس تسليم الدار تسليماً لها مستقراً، وإنما يستقر بمضي المدة. لأن منافع المدة الباقية لم تخلق، فلم يصح أن تقبض قبض انبرام، ولا أن يملك بالغائب منها عوض. ولأنه لو استقر قبض المنافع في حال التسليم، لوجب استرجاع الدار في الحال، ولما انتظر بها تقضي المدة لأجل ما استقر بها من قبض المنفعة. فلما لم يجز استرجاعها قبل تقضي المدة، وجب أن يكون الترك لاستيفاء المنفعة. وما بطل قبل الاستيفاء، بطل العقد فيه. ولأن الأجرة لا تخلو من ثلاثة أحوال:

إما: أن تكون في مقابلة استيفاء المنفعة، أو في مقابلة تسليم الدار، أو في مقابلة التمكين منها إلى انقضاء المدة.

فلم يجز أن تكون في مقابلة استيفاء المنفعة، لأنه لو قبض ولم يسكن للزمته الأجرة. ولم يجز أن تكون في مقابلة تسليم الدار، لأنه لو كان كذلك لما استرجعت عند انقضاء المدة. فثبت أنها في مقابلة التمكين منها إلى انقضاء المدة، فإذا لم يحصل التمكين في

جميع المدة لم يستحق جميع الأجرة، وخالف البيع، لأن الثمن في مقابلة تسليم الرقبة، ولذلك لم يرتجع.

فصل: فإذا تقرر هذا، فالإجارة تنفسخ بموت العبد وانهدام الدار. وقال بعض أصحابنا: تنفسخ بموت العبد لفوات منافعه من كل وجه، ولا تنفسخ بانهدام الدار لإمكان المنفعة بالعرصة. وهذا فاسد، لأن العرصة ليست داراً من كل وجه، ولا منفعتها منفعة دار، وإنما هي أرض.

وإذا كان كذلك، فلا يخلو حال موت العبد وانهدام الدار: من أن يكون في أول المدة، أو بعد مضي بعضها:

فإن كان في أول المدة قبل مضي شيء منها، فالإجارة في جميع المدة باطلة، ويسترجع المستأجر أجرته إن كان قد أقبضها. وإن كان موت العبد وانهدام الدار بعد مضي بعض المدة، كأن مضى من سنة الإجارة نصفها، وبقي نصفها فالإجارة في النصف الباقي من السنة باطلة.

فأما النصف الماضي منها، فقد اختلف أصحابنا فيه على حسب اختلافهم في الفساد الطارىء على بعض الصفقة: هل يكون كالفساد المقارن للعقد؟

فقال بعض أصحابنا: هما سواء. فيكون بطلان الإجارة فيما مضى من المدة على قولين من تفريق الصفقة.

وقال آخرون: إن الفساد الطارىء على العقد مخالف للفساد المقارن للعقد، فتكون الإجارة فيما مضى من المدة غير فاسدة قولاً واحداً.

فإن قيل: ببطلان الإجارة فيما مضى من المدة، لزم المستأجر أجرة المثل في الماضي دون المسمى.

وإن قيل: بصحة الإجارة فيما مضى، فقد اختلف أصحابنا: هل له الخيار في فسخه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا خيار له لفواته على يده. فعلى هذا، إن كانت أجرة السنة كلها متساوية لتساوي العمل فيها فعليه نصف الأجرة المسماة، لاستيفاء نصف العمل المستحق بنصف السنة المسماة. وإن كان العمل فيها مختلفاً والأجرة فيه مختلفة، مثل أن تكون أجرة

النصف الماضي من السنة مائة درهم وأجرة النصف الباقي خمسين درهماً، تقسطت الأجرة على العمل المختلف دون المدة، وكان على المستأجر ثلثا الأجرة بمضي نصف المدة، لأنها تقابل ثلثي العمل.

والوجه الثاني: أن له الخيار لتفريق الصفقة عليه بين: المقام على الإجارة فيما مضى، وبين فسخها فيه.

فإن أقام على الماضي، لزمه من الأجرة ما ذكرناه من الحساب والقسط. وكان بعض أصحابنا يخرج قولاً آخر: إنه يقيم بجميع الأجرة، وإلا فسخ. وهو قول من يجعل الفساد الطارىء كالفساد المقارن للعقد.

وإن فسخ الإجارة في الماضي، لزمه فيه أجرة المثل، لأن الفسخ قد رفع العقد، فسقط حكم المسمى فيه.

فصل: فإن مرض العبد واسترمت الدار، فالإجارة لا تنفسخ لبقاء المعقود عليه، ولكن المستأجر لأجل العيب الحادث المؤثر في منفعته بالخيار بين: المقام، والفسخ. والخيار فيه على التراخي، لا على الفور. بخلاف الخيار في البيع، لأنه يتجدد بمرور الأوقات لحدوث النقص فيها.

فإن كان مرض العبد مرضاً لا يؤثر في العمل، نظر فيما استؤجر له من العمل: فإن كان مما لا تعاف النفس مرضه فيه كالبناء ورعي المواشي وحرث الأرض، فلا خيار للمستأجر. وإن كان مما تعاف النفس مرضه كخدمته في مأكله ومشربه وملبسه، فله الخيار. فإن كانت الإجارة في دار خرب جوارها، أو دكان بطلت سوقه، فلا خيار له، لأنه عيب حدث في غير المعقود عليه.

فصل: فإذا استأجر داراً فانهدم فيها حائط، أو سقط فيها سقف، نظر: فإن لم يكن سكنى الدار بانهدام حائطها وسقوط سقفها، كان كما لو انهدم جميعها في بطلان الإجارة فيها. وإن أمكن سكناها لم تبطل الإجارة، وكان مخيراً في الفسخ للعيب الحادث.

وأما إن انهدم نصفها وبقي نصفها الباقي منها يمكن سكناه، بطلت الإجارة في النصف المنهدم، وهي صحيحة في النصف السليم، وللمستأجر الخيار. ومن جعل من أصحابنا الفساد الطارىء على بعض الصفقة، كالفساد المقارن للصفقة خرج الإجارة فيما سلم من الدار على قولين.

فصل: فإذا انهدمت الدار فبناها المؤجر، لم تعد الإجارة فيها بعد فسادها إلا بعقد مستحدث، لأن بطلان العقد يمنع من عوده إلا باستحداث عقد. ولكن لو استرمت وتشعثت، ولم يختر المستأجر الفسخ حتى عمرها المؤجر، ففي خيار المستأجر وجهان:

أحدهما: قد سقط لارتفاع موجبه.

والثاني: أنه باق بحاله لما تقدم من استحقاقه.

ولكن لو رام المؤجر أن يمنع المستأجر من الفسخ حتى يعمرها له، لم يكن ذلك للمؤجر، وكان المستأجر على خياره.

فصل: فأما إذا استأجر داراً فانطمت آبارها وامتلأت حشوشها، فالذي عليه أصحابنا: أن تنقية ذلك وتنظيفه على المؤجر دون المستأجر من غير تفصيل، لما عليه من حقوق التمكين.

والذي عندي وأراه مذهباً: أن تنقية ما انطم من آبارها على المؤجر، وتنقية ما امتلأ من حشوشها على المستأجر. لأن امتلاء الحشوش من فعله، فصار كتحويل القماش، وليس كذلك انطمام الآبار.

فلو امتنع المستأجر من تنقية ما يلزم من الحشوش، أجبر عليه. ولو امتنع المؤجر من تنقية ما يلزمه من الآبار لم يجبر عليه، وكان المستأجر بالخيار. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا مَا كَانَتِ الدَّارُ قَائِمَةً، وَلَيْسَ الْوَارِثُ بِأَكْثَرَ مِنَ الْمُورِثِ الَّذِي عَنْهُ وَرِثُوا. فَإِنْ قِيلَ: فَقَدِ انْتَفَعَ الْمُكْرِي بِالثَّمَنِ، قِيلَ: كَمَا لَوْ أَسْلَمَ فِي رُطَبٍ لِوَقْتٍ فَانْقَطَعَ، رَجَعَ بِالثَّمَنِ، وَقَدِ انْتَفَعَ بِهِ الْبَائِعُ. إلى آخر كلام المزني)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. عقد الإجارة لازم، لا ينفسخ بموت المؤجر ولا المستأجر، وبه قال: مالك، وأحمد، وإسحاق.

وقال أبو حنيفة: وسفيان الثوري، والليث بن سعد: الإجارة تبطل بموت المؤجر والمستأجر، استدلالاً بأن عقود المنافع تبطل بموت العاقد، كالنكاح والمضاربة والوكالة. ولأن الإجارة تفتقر إلى مؤجر ومؤاجر، فلما بطلت بتلف المؤاجز بطلت بتلف المؤجر.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٦. وتتمة المسألة: «ولو باع متاعاً غائباً ببلد ودفع الثمن، فهلك المبتاع رجع بالثمن وقد انتفع به البائع (قال المزني) رحمه الله: وهذا تجويز بيع الغائب ونفاه في مكان آخر».

وتحريره قياساً: أنه عقد إجارة يبطل بتلف المؤاجر، فوجب أن يبطل بتلف المؤجر، قياساً عليه إذا أجر نفسه. ولأن زوال ملك المؤجر عن رقبة المؤاجرة، يوجب فسخ الإجارة قياساً عليه إذا باع ما أجره برضى المستأجر. ولأن منافع الإجارة إما تستوفى بالعقد والملك، وقد زال ملك المؤجر بالموت. وإن كان عاقداً والوارث لا عقد عليه، وإن صار مالكاً، فصارت منتقلة عن العاقد إلى من ليس بعاقد، فوجب أن تبطل لتنافي اجتماع العقد و الملك.

ودليلنا هو: أنّ ما لزم من عقود المعاوضات المحضة لم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين كالبيع. فإن قيل: ينتقض بموت من أجر نفسه، لم يصح لأن العقد إنما يبطل بتلف المعقود عليه، لا بموت العاقد. ألا تراهُ لو كان حياً فمرض بطلت الإجارة، وإن كان العاقد حيا؟ لأن السيد قد يعاوض على بضع أمته بعقد النكاح، كما يعاوض على خدمتها بعقد الإجارة، فلما لم يكن موته مبطلاً للعقد على بضعها، لم يبطل بالعقد على استخدامها.

ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان:

أحدهما: أنه عقد لازم على منافع ملكه، فلم يبطل بموته كالنكاح على أمته.

والثاني: أنه أحد منفعتي الأمة، فلم يبطل بموت السيد كالمنفعة الأخرى. ولأن المنافع قد تنتقل بالمعاوضة كالأعيان، فجاز أن تنتقل بالإرث كالأعيان. ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان:

أحدهما: أن ما صح أن ينتقل بعوض، صح أن ينتقل إرثاً كالأعيان.

والثاني: أن ما صح أن ينتقل به الأعيان في البياعات، صح أن ينتقل به المنافع في الإجارات.

أصله: عقد الحي المختار. ولأن بالموت يعجز عن إقباض ما استحق تسليمه بعقد الإجارة، فلم يبطل به العقد، كالمجنون والزمانة. ولأنه عقد لا يبطل بالجنون فلم يبطل بالموت كالبيع. ولأن منافع الأعيان مع بقاء ملكها قد تستحق بالرهن تارة وبالإجارة أخرى، فلما كان ما تستحق منفعة ارتهانه اذا انتقل ملكه بالموت، لم يوجب بطلان رهنه وجب أن يكون ما استحقت منفعته بالإجارة إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان إجارته، وقد استدل الشافعي بهذا في الأم.

ولأن الوارث إنما يملك بالإرث ما كان يملكه الموروث، والموروث إنما كان يملك الرقبة دون المنفعة، فلم يجز أن يصير الوارث مالكاً للرقبة والمنفعة، ولأن إجارة الوقف لا تبطل بموت مؤجره.

وتحريره قياساً: أنه عقد إجارة يمكن استيفاء المنفعة فيه، فوجب أن لا تبطل بموت مؤجره كالوقف.

وأما الجواب عن قياسه على النكاح والمضاربة مع انتقاضه بالوقف، فهو: أنه إن رده الى النكاح فالنكاح لم يبطل بالموت، وإنما انقضت مدته بالموت، فصار كانقضاء مدة الإجارة. وإن رده إلى المضاربة والوكالة، فالمعنى فيهما: عدم لزومها في حال الحياة، وجواز فسخها بغير عذر؛ وليست الإجارة كذلك للزومها في حال الحياة.

وأما الجواب عن قياسه على انهدام الدار فهو: أن المعنى فيه فوات المعقود عليه قبل قبضه.

وأما الجواب عن قياسه على ما إذا باع ما أجر برضى المستأجر، فهو: غير مسلم الأصل، لأن الإجارة لا تبطل بالبيع عن رضاه، كما لا تبطل بالبيع عن سخطه؛ وإنما البيع مختلف في إبطاله، ثم ينتقض على أصله بعتق العبد المؤاجر قد زال ملك سيده عن رقبته، مع بقاء الإجارة عليها، فكذلك إذا زال ملكه بالبيع والموت.

وأما الجواب عن استدلاله بأن المنافع تستوفى بعقد وملك، وهذا مفترق بالموت، فهو: أن اجتماعها يعتبر عند العقد، ولا يعتبر فيما بعد، كما لو أعتق أو باع. ولا يمتنع أن يستوفى من يد الوارث ما لم يعاقد عليه، كما يستوفي منه ثمن ما اشتراه الموروث، ويقبض منه أعيان ما باعه الموروث، لأن الموروث قد ملك عليه ذلك بعقده، فلم يملكه الوارث بموته.

فصل: فأما قول الشافعي: فإن قيل: فقد انتفع المكري بالثمن؟ قيل: كما لو أسلم في متاع لوقت فانقطع ذلك، أو ابتاع متاعاً غائباً ببلد فدفع الثمن فهلك المتاع، رجع بالثمن وقد انتفع به البائع.

فهذا سؤال أورده الشافعي وانفصل عنه، اختلف أصحابنا في مراده به: فقال أبو إسحاق المروزي: أراد به الرد على من أجل الأجرة ومنع من حلولها لئلا ينتفع المكري

بالأجرة قبل انتفاع المكتري بالمنفعة. وقد تنهدم الدار فتفوت المنفعة، فقال الشافعي: مثل هذا ليس يمتنع، كما أن بائع السلم قد يتعجل بقبض الثمن وينتفع به وقد يهلك المسلم فيه عند محله، فيسترجع ثمن ما انتفع به البائع دون المشتري. وكما يقبض ثمن غائب عنه فتلف قبل قبضه، فيرد ثمنه بعد الانتفاع به.

وقال أبو الفياض: يحتمل أن يريد به الرد على من أبطل الإجارة بموت المؤجر لئلا ينتفع المؤجر بالأجرة ويلزم وارثه تسليم المنفعة، فأجاب عنه بما ذكرنا من الجوابين.

وقال أبو حامد الإسفراييني: إنما أراد به، أن انهدام الدار وموت العبد في تضاعيف المدة يبطل الإجارة فيما بقي، ويوجب أن يرد من الأجرة بقسطها، وإن انتفع المكري بها ولم ينتفع المكتري من المنفعة بما قابلها. فأجاب بما ذكره من انتفاع البائع بثمن المسلم وثمن العين الغائبة، وإن ردهما بتلف المسلم فيه وتلف العين الغائبة.

وقال المزني: هذا تجويز بيع الغائب، وعنه جوابان:

أحدهما: أنه محمول على أحد قوليه.

والثاني: أنه محمول على بيع غائب قد رآه.

فصل: فإذا ثبت أن إجارة الملك لا تبطل بموت المؤجز والمستأجر، انتقل الكلام إلى إجارة الوقف. فإن أجره ولا حق له في غلته، صحت إجارته ولم تبطل بموته. لأنه لم يؤجر ملكه، وإنما ناب عن غيره.

وإن أجره من يستحق غلته ويستوجب أجرته لكونه وقفاً عليه، فقد اختلف أصحابنا في بطلان الاجارة بموته على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إن الإجارة قد بطلت بموته، وانتقال المنفعة إلى غيره. وفرق بين الملك والوقف: بأن وارث الملك يملك عن المؤجر، فلم يملك ما خرج عن ملك المؤجر. وليس كذلك الوقف، لأن مؤجره يملك منفعته مدة حياته، فإذا مات فقد انقطع ملكه وانتقل إلى من بعده بشرط الوقف، لا بالإرث.

والوجه الثاني: وهو الأظهر: أن الإجارة لا تبطل، لأن مؤجره والٍ قد أجره في حق نفسه وحق من بعده بولايته، فإذا انقضى حقه بموته صحت إجارته في حق من بعده بولايته. فإن كان قد استوفى الأجرة، استرجع من تركته أجرة ما بقي من المدة بعد موته.

فصل: وإذا استأجر رجل من أبيه داراً سنة، ودفع إليه الأجرة ثم مات، الأب المؤجر، نظر: فإن لم يكن له غير هذا الإبن المستأجر، فقد سقط حكم الإجارة لأنه صار مالكاً للدار والمنفعة إرثاً، فامتنع بقاء عقده على المنفعة، كما لو تزوج أمته ثم ورثها، بطل نكاحها.

فإن لم يكن على أبيه دين، فقد صارت الدار مع التركة إرثاً. وإن كان على أبيه دين، ضرب مع الغرماء بقدر الأجرة، لأنها صارت بانفساخ الإجارة بالإرث ديناً على الأب، فساوى الغرماء فيها.

فلو كان للأب إبن آخر انفسخت الإجارة في نصف الدار، وهو حصة المستأجر، ولزمت في حصة الإبن الآخر، ورجع المستأجر منهما بنصف الأجرة في تركة أبيه لأنها صارت ديناً عليه.

فصل: فإذا بيعت الدار المستأجرة، فذلك ضربان:

أحدهما: أن تباع على المستأجر، فالبيع جائز والإجارة بحالها، ويصير جامعاً بين ملك المنفعة بالإجارة والرقبة بالبيع.

والفرق بين أن يرثها المستأجر فتبطل الإجارة، وبين أن يبتاعها فلا تبطل: إنه بالإرث صار قائماً مقام المؤجر فلم ينفذ له عقد على نفسه، وهو بالبيع لا يقوم مقام البائع إلا فيما سمي بالعقد.

والضرب الثاني: أن تباع على أجنبي غير المستأجر، ففي البيع قولان:

أحدهما: أنه باطل والإجارة بحالها، لأن يد المستأجر ممنوعة بحق، فصارت اسوأ حالاً من المغصوب الذي يمنع يد المشتري منه بظلم.

والقول الثاني: وهو صحيح أن البيع صحيح، والإجارة لازمة. لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع من بيع الرقبة كالأمة المزوجة. فعلى هذا، إن كان المشتري عالماً بالإجارة فلا خيار له، والأجرة للبائع لأنه قد ملكها بعقده. وإن كان غير عالم، فله الخيار بين: المقام، والفسخ.

فصل: فإذا أجر الأب أو الوصي صبياً، ثم بلغ الصبي في مدة الإجارة رشيداً، فالإجارة لازمة لا تنفسخ ببلوغه.

ولو أجر السيد أم ولده ثم مات عنها، انفسخت الإجارة.

والفرق بينهما: أن الصبي معقود عليه في حق نفسه، فلم يزل العقد بزوال يد عاقده. وأم الولد معقود عليها في حق السيد، فزال العقد بزوال ملك عاقده.

فصل: ولو أجر السيد عبده ثم أعتقه، نفذ العتق، والإجارة بحالها لازمة.

والفرق بين العبد وأم الولد حيث بطلت الإجارة بعتق أم الولد، ولم تبطل بعتق العبد: أن العبد يملك نفسه بتمليك السيد له، فاختص التمليك بما كان على ملك السيد. وأم الولد تملك نفسها بموت السيد من غير تمليكه، فكان الملك على عمومه، وصارت أم الولد بمثابة المستأجر إذا ورث ما استأجره بطلت الإجارة فيه، وصار العبد بمثابة المستأجر إذا ابتاع ما استأجر لم تبطل الإجارة فيه والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ تَكَارَى دَابَّةً مِنْ مَكَّةَ إِلَى بَطْنِ مرٍ فَتَعَدَّى بِهَا إِلَى عُسْفَانَ فَعَلَيْهِ كِرَاؤُهَا إِلَى مرٍ وَكِرَاءُ مِثْلِهَا إِلَى عُسْفَانَ، وَعَلَيْهِ الضَّمَانُ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان، فاستوفاه وتعدى إلى غيره، مثل أن يستأجر من مكة إلى مر، فيركبها إلى مر ثم يتعدى بركوبها إلى عسفان، فعليه الأجرة المسماة بركوبها إلى مر، لأنه استحقها بالعقد، ثم صار بمجاوزة مر متعدياً، ولزمه حكمان:

أحدهما: كراء المثل من مر إلى عسفان.

والثاني: الضمان.

فأما كراء المثل، فقد وافق عليه أبو حنيفة، وإن كان يسقط الكراء عن الغاصب وفرق بينهما: بأن ركوب الغاصب طرأ على يد ضامنه فسقط عنه الكراء، وركوب هذا المجاوز مسافته طرأ على يد غير ضامنة فلزمه الكراء.

فصل: أما الضمان فلا يتعلق عليه فيما حدث قبل مجاوزته وتعديه. فأما بعد المجاوزة والتعدي فقد صار مأخوذاً به، ولا يخلو حال الدابة من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تتلف.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٦. والأم: ٤/ ٢٤.

والثاني: أن تنقص.

والثالث: أن تكون على حالها.

فإن تلفت، لم يخل من: أن يكون صاحبها معها، أم لا. فإن لم يكن معها، ضمن جميع قيمتها باليد، لأنه متعد بها كالغاصب.

وإن كان صاحبها معها، فلا يخلو أن يكون تلفها في حال الركوب، أو بعد النزول. فإن كان في حال الركوب، ضمن ضمان جناية لا ضمان غصب، لأن يد المالك لم تزل. وإذا كان كذلك، لم تلزمه جميع القيمة لأنه ليس جميع الركوب محظوراً فلزمه بعضها. وفي قدر ما يلزمه قولان:

أحدهما: نصف القيمة. لأن تلفها كان بالاعياء في مسافتين: مباحة غير مضمونة، ومحظورة مضمونة.

والقول الثاني: أن القيمة تقسط على قدر المسافتين في الطول والقصر، فيسقط عنه من القيمة قدر ما قابل مسافة الإجارة، ويلزمه منها ما قابل مسافة العدوان.

فإذا كان من مر إلى مكة ثمانية عشر ميلاً، ومن مر إلى عسفان ثلاثين ميلاً، لزمه من قيمة الدابة ثلاثون جزءاً من ثمانية وأربعين جزءاً وذلك خمسة أثمانها. وأصل هذين القولين: الجلاد إذا أمر أن يجلد رجلاً ثمانين سوطاً، فجلده أحداً وثمانين سوطاً، فمات كان في قدر ما يضمنه قولان:

أحدهما: نصف الدية.

والثاني: جزء من أحد وثمانين جزءاً من الدية.

فإن قيل: فإذا كان صاحبها مشاهداً للركوب غير منكر له، كان ذلك برضى منه، فوجب سقوط الضمان.

قيل: الرضا الذي يوجب سقوط الضمان ما كان إذناً بالقول، وليس السكوت إذناً في استهلاك الأموال. ألا ترى لو أن رجلاً خرق ثوباً على رجل وهو يراه، لزمه ضمانه ولم يسقط بسكوته؟ وإن كان تلف الدابة بعد نزول الراكب عنها وحصولها في يد صاحبها، فلا ضمان على الراكب لأنه قد برىء من الضمان بردها على المالك، إلا أن يكون ركوب التعدي قد نقص من قيمتها فيضمن قدر نقصها.

وإن لم تتلف الدابة، ولكن نقصت قيمتها نظر: فإن كان نقص قيمتها بغير الركوب لم يضمنه الراكب، وإن كان بالركوب فما قابل المباح منه لم يضمنه، وما قابل المحظور ضمنه. وسواء كان صاحبها معها أم لا، لأنه ضمان جناية. وإن كانت الدابة على حالها، لم يضمن الراكب غير الأجرة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ دَارَهُ وَعَبْدَهُ ثَلاَثِينَ سَنَةً)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح: إذا كانت الإجارة على سنة واحدة فيجوز، لأن الغرر يسير فيها، والضرورة داعية إليها.

فأما ما زاد على السنة، فقد حكي عن مالك: أنه جوزها إلى خمس سنين أو ست سنين لا غير، وللشافعي فيما زاد على السنة الواحدة قولان:

أحدهما: لا تجوز الإجارة أكثر من سنة، لأن الإجارة غرر. لأنها عقد على منافع قد تسلم وقد لا تسلم، فإذا قل الزمان قل غررها فجاز. وإذا طال الزمان، كثر غررها، فبطل كالخيار. والسنة الواحدة هي المدة التي تكمل فيها منافع الزراعة في الأرضين، ولا يتغير غالباً فيها الحيوانات والدور، فلذلك تقدرت مدة الإجارة بها، وبطلت فيما جاوزها.

والقول الثاني: وهو أصح القولين هنا: أن الإجارة تجوز أكثر من سنة، قال الشافعي ههنا: ثلاثين سنة، وقال في كتاب الدعوى والبينات: ما شاء.

ووجه هذا القول: قوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾[2] فدل ذلك على جواز الإجارة سنين.

وروي: أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه تَكَارَى أَرْضاً وَلَمْ تَزَلْ بِيَدِهِ حَتَّى مَاتَ، قال إبه: «مَا كُنْتُ أَرَاهَا إِلاَّ لَهُ مِنْ طُولِ مَا مَكَثَتْ بِيَدِهِ، حَتَّى ذَكَرَهَا عِنْدَ مَوْتِهِ، وَأَمَرَنَا بِقَضَاءِ شَيْءٍ بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِرَائِهَا مِنْ ذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ»[3].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٦.

(٢) سورة القصص، الآية: ٢٧. وفتح الباري ٤/ ٤٤٤.

(٣) أخرجه البيهقي ٦/ ١١٩ من طريق مالك بلاغاً.

ولأن الضرورة قد تدعو في الإجارة إلى أكثر من سنة، لا سيما في الغرس والبناء، فصحت فيما زاد على السنة لأجل الضرورة، كما صحت في السنة. ولأن الإجارة عقد على منفعة، كما أن البيع عقد على عين، ثم لما لم تتقدر بيوع الأعيان، فكذلك لا تتقدر بيوع المنافع.

فصل: فإذا صح بتوجيه هذا القول: أن الإجارة تجوز أكثر من سنة، فقد قال الشافعي ههنا: تجوز ثلاثين سنة. فكان بعض أصحابنا يجعل الثلاثين حداً على ظاهر لفظه، ويمنع مما زاد عليها، استدلالاً بأن الثلاثين شطر العمر في الغالب، فكان ما زاد عليه لغير العاقد.

وذهب سائر أصحابنا: إلى أن الثلاثين ليس بحد، وتجوز الإجارة على أكثر منها على مايشاء المتعاقدان؛ وقد نص الشافعي على ذلك في كتاب الدعوى والبينات، ولهم عن نص الشافعي جوابان:

أحدهما: أنه ذكر ذلك على طريق التكثير، لا على طريق التحديد.

والثاني: أنه قاله رداً على قوم جعلوا ما دون الثلاثين حداً للجواز، وجعلوا الثلاثين حداً للمنع والفساد.

فصل: فإذا ثبت أنها غير محدودة الأقل والأكثر، فأقل مدتها: ما أمكن فيه استيفاء المنفعة المعقود عليها، وذلك قد يختلف باختلاف المؤاجر. فإن كان كذلك دار للسكنى، جازت إجارتها يوماً واحداً وأقل من ذلك تافه لم يجر به عرف ولم يصح به عقد، وإن كان ذلك أرضاً للزراعة فأقلها مدة زراعتها.

فأما أكثر المدة فهو: ما علم بقاء الشيء المؤاجر فيها. فإن كان ذلك أرضاً تأبد بقاؤها، وإن كان داراً روعي فيها مدة يبقى فيها بناؤها. وإن كان حيواناً، روعي فيه الأغلب من مدة حياته، والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر هذا، فإن عقدت الإجارة على سنة لم يلزم تقسيط الأجرة على شهورها لما فيه من المشقة. ولأن شهور السنة الواحدة في الغالب إنها متساوية، والمؤاجرة فيها على حالة واحدة. وإن عقدت الإجارة سنين كثيرة، فهل يلزم تقسيط الأجرة على كل سنة منها أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يلزم. كما لا يلزم تقسيطها على الشهور والأيام، وكما لا يلزم تقسيط الثمن على أعيان الصفقة، وإن كثرت واختلفت.

والقول الثاني: أن تقسيطها على سني الإجارة غير منبرم، بخلاف بيوع الأعيان المنبرمة، لتردده بين السلامة والعطب، ما لم يذكر قسط كل سنة منها. وأجور السنين قد تختلف، فيتعذر العلم بقدر ما يستحق الرجوع به من الأجرة عند انتقاض الإجارة في بعض المدة، وليس كذلك شهور السنة المتماثلة غالباً.

وهذان القولان كاختلاف قوليه في السلم إذا جمع أشياء مختلفة، أو إلى آجال مختلفة: هل يلزم تقسيط الثمن على كل جنس منها، لأن عقد السلم غير منبرم كالإجارة لتردده بين سلامة وعطب؟

فإن قيل: إن تقسيط الأجرة على السنين واجب، جاز أن يساوي بين أجور السنين، ويفاضل. فإن بطلت الإجارة في بعض المدة، رجع بالمسمى لها من الاجرة.

وإن قيل: إن تقسيطها على السنين ليس بواجب، فبطلت الإجارة في بعض المدة، قدرت أجرة المثل فيما مضى من السنين، وأجرة المثل فيما بقي. وربما تفاضل ذلك بحسب الزمان، أو بتغير المؤاجر، ثم يقسط المسمى على ذلك، وننظر حصة باقي المدة من المسمى فيكون هو القدر المرجوع به.

فصل: فأما إذا أجر داره كل شهر بدينار ولم يذكر عدد الشهور وغايتها، لم تصح الإجارة فيما عدا الشهر الأول للجهالة بمبلغه، فصار كقوله: أجرتها مدة. واختلف أصحابنا في صحتها ولزومها في الشهر الأول على وجهين:

أحدهما أن الإجارة فيه صحيحة لكونه معلوماً.

والوجه الثاني: وهو الأصح أنها باطلة لكونه واحداً من عدد مجهول، فلم يتميز في الحكم.

وقال أبو حنيفة: الإجارة صحيحة، وللمستأجر فسخ الإجارة في كل شهر قبل دخوله، فإذا دخل قبل فسخه لزمه، وجعل إطلاق الشهور مع تسمية الأجرة لكل شهر جارياً مجرى بيع الصبرة المجهولة القدر إذا سمي ثمن كل قفير.

وهذا خطأ، للجهالة بما تناوله العقد من الشهور، بخلاف الصبرة التي قد أشير إليها وينحصر كيلها. ولأنه لا يخلو أن تصح الإجارة، فلا يكون له فسخها من غير عذر، أو تبطل فلا يجوز أن يقيم عليها مع العذر. ويلزم أجرة المثل إن سكن دون المسمى، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَأَيُّ المُتَكَارِيَيْنِ هَلَكَ فَوَرِثَتُهُ تَقُومُ مَقَامَهُ)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا: أن الإجارة لا تبطل بموت أحد المتعاقدين.

فإن كان الميت هو المؤجر، فإن كان قد قبض الأجرة بريء المستأجر منها، وعلى الوارث تمكينه من استيفاء المنفعة إلى إنقضاء المدة. وإن لم يكن المؤجر قد قبضها، فللوارث مطالبة المستأجر بها. فإن كانت مؤجلة أو منجمة، فهي إلى أجلها وعلى نجومها لا تتعجل بموت مستحقها.

وإن كان الميت هو المستأجر، فعلى المؤجر تمكين وارثه من استيفاء المنفعة. فإن كان قد قبض الأجرة، فلا مطالبة على الوارث. وإن لم يكن قبض وهي مؤجلة أو منجمة حلت، لأن موت من عليه الدين المؤجل يوجب حلوله، ولا يوجبه موت من هو له.

فصل: إذا استأجر الرجل داراً ثم أراد أن يؤجرها بعد قبضها ما بقي له من مدة إجارته، نظر: فإن أجرها من غير مؤجرها جاز، سواء أجرها بمثل الأجرة، أو بأقل، أو بأكثر، أحدث فيها عمارة أو لم يحدث. وإن أجرها من مؤجرها، ففي جواز الإجارة وجهان:

فأحد الوجهين: أنها تحدث على ملك المؤجر. فعلى هذا، لا يصح أن يستأجر ما أجره.

والوجه الثاني: أنها تحدث على ملك المستأجر. فعلى هذا، يجوز أن يؤاجر من المؤجر، وقد أشار الشافعي إلى هذا في كتاب الرهن.

وقال أبو حنيفة: إن أجرها من المؤجر بمثل الأجرة أو أكثر، صح. وإن أجرها منه بأقل، لم يجز بناء على أصله فيمن ابتاع سلعة ثم باعها على بائعها بأقل، لم يجز.

قال: وإن أجرها من غير مؤجرها بمثل الأجرة أو بأقل، جاز. فإن أجرها بأكثر، لم يجز إلا يكون المستأجر قد أحدث فيها عمارة لتكون الزيادة في مقابلة عين ترى.

ودليلنا هو: أن من ملك الإجارة في حق نفسه لم تتقدر عليه الأجرة، كالمالك. ولأن كل قدر صح أن يؤجر به المؤجر، صح أن يؤجر به المستأجر كالمثل. ولأن كل حال جاز له العقد فيها بقدر، جاز له الزيادة عليه، كما لو أحدث عمارة. ولأنها منفعة ملكها بعوض،

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٦.

فصح أن يزيل ملكه بأكثر من ذلك العوض، كالزوج يجوز أن يخالع بأكثر من الصداق. ولأنها معاوضة على ملك نفسه فيما لا تراعي فيه المماثلة، فوجب أن يكون تقدير العوض إليه كالبيع.

فصل: فأما إذا أجر الرجل داره، ثم أراد المؤجر أن يؤجرها قبل انقضاء المدة وبعدها من الزمان، فذلك ضربان:

أحدهما: أن يؤجرها من غير مستأجرها. فهذا عقد باطل، وإجارة فاسدة لمعنيين:

أحدهما: أن يد المستأجر الأول حائلة تمنع يد المستأجر الثاني، فبطل عقده لزوال يده.

والثاني: أن المعقود عليه إذا كان معيناً وكان قبضه متأخراً بطل العقد عليه، كما لو شرط تأخير القبض في معين بعقد إجارة أو بيع.

والضرب الثاني: أن يؤجرها من مستأجرها. مثل أن يؤجره إياها سنة. ثم يؤجره سنة ثانية قبل مضي تلك السنة، قال الشافعي: صح العقد، لأن اليد له وليس لغيره يد تحول بينه وبين ما استأجره. ولأن سكناه في السنتين متصل، فصار القبض معجلاً، كما لو جمع بينهما في عقد.

وذهب بعض أصحابنا إلى خلاف ما نص عليه الشافعي: فأبطل الإجارة، كما لو عقدت مع غير المستأجر. وفيما ذكرناه فساد قوله، وفرق بين المستأجر وغيره.

فصل: وإذا أجر الرجل عبده ثم أعتقه، صح العتق والإجارة على لزومها إلى انقضاء المدة والأجرة للسيد دون العبد، لأنه قد ملكها بعقد. وهل للعبد أن يرجع على سيده بأجرة مثله بعد عتقه؟ على قولين:

أحدهما: يرجع بها، لأنه قد فوت عليه بعقده ما قد ملكه من منافع نفسه بالعتق. فعلى هذا، تكون نفقة العبد بعد عتقه على نفسه.

والقول الثاني: وهو الصحيح: أنه لا رجوع له لاستحقاق ذلك عليه قبل عتقه. فعلى هذا، في نفقته وجهان:

أحدهما: على سيده، استيفاء لما تقدم من حكمي الإجارة والنفقة.

والوجه الثاني: في بيت المال من سهم المصالح، لأن ذلك من جملتها.

و لكن لو أجر داراً ثم وقفها، صح الوقف والإجارة بحالها، ولم يرجع من وقفت عليه بشيء من أجرة مدة الإجارة قولاً واحداً. واختص الواقف بها إلى انقضاء المدة، لأن الوقف مقصور الحكم على شروط واقفة بخلاف العتق.

وأما إذا أجر عبده ثم كاتبه، فالكتابة باطلة لأنه لا يملك بها منافع نفسه لما تقدم من إجارته. ولو كان قد ابتدأ بكتابته ثم أجره، صحت الكتابة، وبطلت الإجارة، لأن السيد لا يملك منافعه بعد الكتابة. ولكن لو أجره ثم دبره، أو دبره ثم أجره، صح التدبير والإجارة جميعاً بخلاف الكتابة، لأن السيد يملك منافع مدبره بتدبيره، ولا يملك منافع مكاتبه.

ولو أجر أمته ثم صارت أم ولد له، فالإجارة بحالها. وكذلك لو أجرها بعد أن صارت أم ولد له، صحت الإجارة لأنه مالك لمنافعها. .

فصل: وإذا استأجر الرجل داراً فوجد ماء بئرها متغيراً قال أبو حنيفة: إن أمكن الوضوء به فلا خيار للمستأجر.

وعندنا: أنه إن خالف معهود آبار تلك الناحية فله الخيار.

فإن كان معهودهم الشرب من آبارهم، فإذا كان تغيره يمنع من شربه، فله الخيار، وإن أمكن الوضوء به. وإن كان معهودهم أن لا يشربوا منها، فلا خيار إلا أن لا يستطاع الوضوء منها.

ولو نقص ماء البئر، فإن كان معهوداً في وقته فلا خيار، وإن كان غير معهود في ذلك الوقت؛ فإن كان مع نقصانه كافياً لما يحتاج إليه المستأجر من شرب أو طهور فلا خيار له، وإن كان مقصراً فله الخيار. فأما رحى الماء إذا تغير ماؤه فلا خيار لمستأجره، لأنه لا يوهن في عمله. ولو نقص ماؤه. فله الخيار إلا أن يكون معهوداً في وقته، فلا خيار فيه. والله أعلم.

بَابُ كِرَاءِ الإِبِلِ وَغَيْرِهَا

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكِرَاءُ الإِبِلِ جَائِزٌ لِلْمَحَامِلِ، وَالزَّوَامِلِ، وَالرِّجَالِ، وَكَذَلِكَ الدَّوَابُّ لِلسُّرُوجِ، وَالأُكُفِ، وَالْحَمُولَةِ)[١].

قال الماوردي: ذكر الشافعي في الإجارات ثلاثة كتب:

أحدها: إجارة الدور والأرضين، وقد مضى.

والثاني: إجارة الإبل والبهائم وهو هذا.

والثالث: تضمين الأجراء ويأتي.

وإجارة البهائم جائزة لرواية أبي أمامة قال: قُلْتُ لابْنِ عُمَرَ: إِنِّي رَجُلٌ أُكْرِي إِبِلِي أَفَتُجْزِيءُ عَنِّي مِنْ حَجَّتِي؟ فَقَالَ: أَلَسْتَ تُلَبِّي، وَتَقِفُ وَتَرْمِي؟ قُلْتُ بَلَى. قَالَ ابنُ عُمَرَ: سَأَلَ رَجُلٌ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَمَّا سَأَلْتَنِي عَنْهُ فَلَمْ يُجِبْهُ حَتَّى أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾[٢] وقال تعالى: ﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا﴾[٣] على عموم الإباحة في ركوبها بالملك والإجارة، وَلأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدْ شَاهَدَ النَّاسَ عَلَى هَذَا فَأَقَرَّهُمْ عَلَيْهِ فَصَارَ شَرْعاً. ولأن الصحابة قد عملت به ولم يختلفْ فيه، فصار إجماعاً. ولأن الضرورة داعية إليه، والحاجة باعثة عليه، فكان مباحاً.

فصل: قال الشافعيُّ رَحِمَهُ الله تَعَالَى: فإذا ثبت هذا فالحيوان ضربان: منتفع به، وغير منتفع به[٤].

فما كان غير منتفع به، لم تجز إجارته لعدم المنفعة التي يتوجه العقد إليها.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٧.

(٢) حديث أبي أمامة: سبق تخريجه في أول الكتاب، وسورة البقرة، الآية: ١٩٨.

(٣) سورة النحل، الآية: ٨.

(٤) في الحاوي: مسألة. وليست مسألة، لأن قول الشافعي لم يتصدّرها ولم يوردها المزني في المختصر، وآثرنا أن تكون فصلاً.

وما كان منتفعاً به، فعلى ضربين:

أحدهما: ما كانت منفعته أعياناً كالدر والنسل، فإجارته لا تجوز، كما لا تجوز في النخل والشجر، لأن الأعيان يمكن العقد عليها بعد حدوثها، فلم يجز قبله، بخلاف منافع الآثار.

والضرب الثاني: ما كانت منفعته آثاراً وهي على ضربين: ظهر، وعمل.

فأما الظهر، فكالخيل والبغال والحمير والإبل وبعض البقر، فإجارة ظهرها جائزة للركوب والحمولة على ما سنصفه.

وأما العمل، فكالحرث وإدارة الدواليب والاصطيار، فإجارة عملها جائزة، وسواء فيه الآدميون والبهائم لإباحة منافعهم، ما لم يكن حيواناً نجساً. فإن كان نجساً كالكلب ينتفع به في صيد أو حرث أو ماشية، ففي جواز إجارته وجهان بناء على اختلاف أصحابنا في منفعة الكلب: هل هي مملوكة، أو مستباحة؟.

فأحد الوجهين: أنها مملوكة، لجواز التصرف فيها، كالتصرف في منافع سائر المملوكات. فعلى هذا، تجوز إجارته.

والوجه الثاني: أنها مستباحة غير مملوكة. لأنه لما لم يصح ملك الرقبة ولا المعاوضة عليها، لم يصح ذلك في منافعها التي هي تبع لها. فعلى هذا، لا تجوز إجارته.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ يَجُوزُ مِنْ ذَلِكَ مَغِيبٌ حَتَّى يَرَى، الرَّاكِبِينَ وَظُرُفَ الْمَحْمَلِ، وَالوِطَاءِ، وَالظِّلِّ. الفصل)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. كراء البهائم على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يكترى للركوب.

والثاني: ما يكترى للحمولة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٧ وتتمة الفصل: «إن شرطه لأن ذلك يختلف فيتباين والحمولة بوزن معلوم أو كيل معلوم في ظروف ترى، أو تكون إذا شرطت عرفت مثل غرائر جبلية وما أشبه هذا وإن ذكر محملاً أو مركباً أو زاملة بغير رؤية ولا صفة، فهو مفسوخ للجهل بذلك وإن أكراه محملاً وأراه إياه وقال معه معاليق، أو قال ما يصلحه، فالقياس أنه فاسد، ومن الناس من يقول: له بقدر ما يراه الناس وسطاً». والأم ٤/ ٣٥.

والثالث: ما يكترى للعمل.

فأما ما يكترى للركوب، فيحتاج إلى ثلاثة شروط:

أحدها: ذكر جنس المركوب من: فرس، أو بغل، أو حمار، أو بعير. لأن أغراض الناس فيها مختلفة لما فيها من الجمال والقبح، ولأن وطاء ظهرها متباين، وسيرها مختلف. فإن لم يذكر جنس المركوب، بطلت الإجارة. فأما ذكر نوعه وصفته، فلا يلزم لأن تأثير ذلك في القيم.

فإن أركبه خطاماً أو قحماً أو ضرعاً فذلك معيب، فله الرد. فأما صفة مشيه، فإن كان مما لا يختلف مشي جنسه كالبغال والحمير والإبل لم يحتج إلى ذكره في العقد.

وإن كان مما يختلف مشيه كالخيل، وصف مشي المركوب من مهملج أو قطوف، فإن أخل بذلك احتمل على وجهين:

أحدهما: صحة الإجارة، وركب الأغلب من خيل الناس.

والثاني: بطلانها لما فيه من التباين واختلاف الأغراض. هذا فيما وصف بالعقد ولم يعين.

فأما ما عين بالعقد فلا يحتاج إلى ذلك فيه، فيصير المركوب معلوماً بأحد وجهين: إما بالتعيين والإشارة، وإما بالذكر والصفة. ويصح العقد فيهما وهما في صحة العقد على سواء، وإن اختلفا في بعض الأحكام.

والشرط الثاني: تعيين الراكب بالمشاهدة دون الصفة. فإن وصف الراكب من غير تعيين ولا مشاهدة، لم يجز لاختلاف حال الراكب في بدنه وحركاته التي لا تضبط بالصفة.

فإن أراد بعد تعيينه بالعقد أن يبدل نفسه بغيره ليركب في موضعه، فإن استبدل بمن كان مثله في الثقل والحركة أو أخف جاز، ولم يجز أن يستبدل بمن هو أثقل. ولو أراد الجمّال المكري أن يبدل البعير الذي وقع العقد عليه معيناً، لم يجز بخلاف الراكب.

والفرق بينهما: أن حق الركوب للراكب، فجاز أن يستوفيه بنفسه وبغيره. فصار وإن تعين في الاستحقاق غير معين في الاستيفاء، وليس كالبعير الذي قد تعين استيفاء الحق منه.

والشرط الثالث: ذكر ما يركب فيه من سرج، أو قتب، أو على زاملة، أو في محمل، لأنها تختلف على البهيمة والراكب.

فإن كان ذلك على سرج أو قتب أو زاملة، صحّ أن يكون مشاهداً وموصوفاً، فيصير بكل واحد من هذين معلوماً. فإن لم يشاهده ولم يوصف صح إن كان مشروطاً على الجمال، وبطل إن كان مشروطاً على الراكب. لأنه إذا كان مشروطاً على الجمال، فهو مستأجر مع البعير، فصح أن لا يوصف، كما يصح أن لا يوصف البعير. وإذا كان مشروطاً على الراكب، فهو محمول بأجرة، فلم يصح أن لا يوصف كما لا يصح أن لا يوصف كل محمول.

وأما المحمل، فإن كان مشروطاً على الجمال صح، وإن أشار إلى الجنس المعهود منها صح أن لا يشاهد ولا يوصف. وإن كان مشروطاً على الراكب، فلا بد أن يكون معلوماً بالمشاهدة. فأما بالصفة، فلا يصير معلوماً لاختلافها مع السعة والضيق، بالثقل والخفة، لاختلاف أغراض الناس فيها وتباين مقاصدهم، فلم يكن فيه عرف يقصد ولا صفة تضبط.

وحكي عن أبي علي بن أبي هريرة: أنه يصير معلوماً بالصفة، ويصح العقد فيه، كما يصح في المشاهدة.

وحكي عن أبي إسحاق المروزي: أنها إن كانت من محامل بلد لا تختلف كالبغدادية جاز، وإن كانت مختلفة كالخراسانية لم يجز. وكلا القولين يفسد بما ذكرنا. فإن شرط على المحمل ظلاً، احتاج فيه إلى شرطين:

أحدهما: أن يكون الظل معلوماً، والعلم به قد يكون بالمشاهدة تارة، وبالصفة أخرى، بخلاف المحمل.

والثاني: ذكر ارتفاعه وانخفاضه، لاختلاف ذلك على البعير والراكب.

فأما المعاليق: فهي ما يتعلق على المحمل من توابعه وأدوات راكبه: كالقربة، والسطحية، والزنبيل، والقدر، وكذا المضربة والمخدة. فإن شوهد ذلك مع المحمل، أو وصف مع مشاهدة المحمل صار بكلا الأمرين معلوماً، وصح العقد. وإن أطلق ذكرها من غير مشاهدة ولا صفة، فإن كانت معاليق الناس بذلك البلد مختلفة بطل العقد، وإن كانت متقاربة ففيه قولان:

أحدهما: وهو القياس، بطلان الإجارة لأن التماثل فيها متعذر.

والقول الثاني: جوازها، لضيق الأمر في مشاهدتها أو صفتها، وإن العمل بإطلاقها جائز، وعرف الناس فيها مقصود.

فصل: وأما ما يكترى للحمولة فيحتاج إلى شرط واحد وهو: أن يكون المتاع المحمول معلوماً، ولا يحتاج إلى ذكر جنس المركوب وصفته، بخلاف الركوب. لأن أغراض الناس في ركوبهم مختلفة.

فمنهم: من يستقبح ركوب الحمير من الدواب، والعراب من الإبل، ولا يرضى إلا بركوب الخيل من الدواب، والبخاتي من الإبل.

ومنهم: من لا يستقبح ذلك ولا يرضاه، فاحتاج إلى ذكر جنس المركوب.

وأما الحمولة فالقصد منها إيصالها إلى البلد المقصود، وليس له غرض يصح في اختلاف ما يحمل عليه، فلم يحتج إلى ذكر جنسه. وإذا كان الشرط المعتبر بعد ذكر البلد المقصود أن تكون الحمولة معلومة، فقد تصير معلومة بواحد من أمرين: هما المشاهدة، أو الصفة.

فإن شاهد الحمولة، صارت معلومة، وإن لم يقف على قدر وزنها كما لو شاهد الصبرة المبيعة صح البيع، وإن لم يعلم قدر كيلها.

وفيه قول آخر: إنه لا تصح الإجارة حتى تكون معلومة القدر والوزن عندهما مع المشاهدة، مخرج من دفع الدراهم جزافاً في السلم: هل يصح أم لا؟ على قولين. كذلك هذا لأن عقد الإجارة والسلم جميعاً غير منبرم بخلاف البيع.

وإن لم يشاهد الحمولة ووصفت، صحَّ واحتاجت في الصفة إلى شرطين:

أحدهما: ذكر الجنس من قطن، أو حديد، أو حنطة، أو ثياب.

والثاني: ذكر الوزن وأنه مائة رطل. وإن كان مكيلاً، جاز أن يذكر قدره كيلاً كالبيع، وإن كان الوزن فيه أحوط، والعرف فيه أكثر.

فلو كان المحمول زاداً فذكر وزنه ولم يذكر أجناسه، لم يجز لاختلاف كل جنس. فإن ذكر كل جنس وقدره من كعك ودقيق وتمر وسويق جاز، ثم إن كان مما لا يستغني عن ظروف فلا بد من أن تكن الظروف معلومة، إلا أن تكون داخلة في وزن المتاع المحمول فيجوز أن تجهل. وإن تميزت عنه فلا بد من العلم بها، وقد يكون ذلك بالمشاهدة تارة،

وبالصفة أخرى. فإن أطلقها ولم يذكر الجنس لم يجز. وإن ذكر الجنس من غير صفة، فإن كان الجنس مختلفاً لم يجز، وإن كان الجنس متفقاً متقارباً كالغرائز الجبلية جاز.

فإن استأجره لحمل قطن، فأراد أن يحمل مكانه حديداً، لم يجز لأن الحديد يجتمع على جنب البعير فيضغطه، والقطن يتجافى عنه. وهكذا لو استأجره لحمل حديد فأراد أن يحمل مكانه قطناً، لم يجز لأن القطن لتجافيه تستقبله الرياح فيشق على البعير، وليس كذلك الحديد لاجتماعه وصغره؛ ولكن لو استأجر لحمل حنطة جاز أن يحمل غيرها من الحبوب التي تقارب الحنطة كالشعير والعدس، كما جاز في الركوب أن يبدل الراكب مثله.

وعلى هذا، لو استأجر ليركب على سرج فركب عرياً، لم يجز لأن ركوب البهيمة عرياً يضر بها، ولو استأجر ليركب عرياً فركب على سرج، لم يجز لأنه زيادة حمولة لم يشترطها.

فصل: وأما ما يكترى للعمل، فقد يكرى لأربعة أنواع من العمل. فإن شاء غيرها، كان ملحقاً بأحدها.

فأحد أنواع العمل: أن يستأجر لحرث الأرض، فيعتبر في صحة الإجارة على ذلك ثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون جنس البهيمة المستأجرة للحرث معلوماً، إما بالمشاهدة، أو بالذكر من ثور أو بقرة أو جاموس أو بغل، لأن عمل كل جنس منها مختلف.

والشرط الثاني: أن تكون ناحية الأرض المحروثة معلومة، وإن لم تكن الأرض معلومة، لأن النواحي قد تختلف أرضها في الصلابة والرخوة.

والشرط الثالث: أن يكون العمل معلوماً والعلم به قد يكون من أحد وجهين:

إما: بتقدير العمل مع الجهل بالمدة كاشتراطه حرث عشرة أجربة، فيصح مع الجهل بالمدة.

وإما: بتقدير المدة مع الجهل بقدر العمل كاشتراط حرث شهر، فيصح مع الجهل بقدر العمل، فيصير المعقود عليه بكل واحد من هذين معلوماً.

والنوع الثاني من أنواع العمل: أن يستأجر لدياس الزرع من البر والشعير، فيحتاج إلى شرطين:

أحدهما: ذكر جنس الزرع من بر أو شعير لاختلافه.

والثاني: العلم بقدر العمل. وقد يتقدر من أحد ثلاثة أوجه:

أحدها: بمشاهدة الزرع ورؤيته، فيصير العمل معلوماً، وتصح الإجارة عليه بهذين الشرطين، وإن لم يذكر جنس ما يدوس به من البهائم.

والوجه الثاني: أن يقدر العمل بالباقات والحزم، فلا تصح لاختلاف ذلك في الصغر والكبر.

والوجه الثالث: أن يقدر بالزمان، كاشتراطه أن يدوس زرعه شهراً، فيصح ويصير العمل بالزمان معلوماً.

وتحتاج صحة العقد مع الشرطين الماضيين إلى شرط ثالث وهو: ذكر جنس ما يدوس به من البهائم، مع ذكر العدد، لأن لكل جنس من البهائم في الدياس أثراً يخالف غيره من الأجناس.

والنوع الثالث من أنواع العمل: أن يستأجر لإدارة الدواليب، فتعتبر صحة الإجارة فيه بثلاثة شروط:

أحدها: أن تكون البهيمة معلومة، إما بالمشاهدة والتعيين، وإما بذكر الجنس من بقرة أو بعير؛ لأن عمل كل جنس يخالف غيره.

والثاني: يعتبر الدولاب الدار، ولا تقع فيه الصفة لأنها لا تضبطه ولا تقوم مقام المشاهدة، لاختلاف الدواليب بالصغر والكبر في خفة الخشب وثقله، وضيق الكوز وسعته وكثرته.

قلت: فإن لم يشاهد الدولاب لم يجز.

والثالث: أن يكون قدر العمل معلوماً والعلم به يتقدر بالمدة ولا يتقدر بالعمل، لأنه إذا قدر ذلك بسقي عشرة أجربة، فقد يروى بقليل الماء وقد لا يروى إلا بكثيره، فلا يصير تقدير العمل معلوماً، فاحتيج إلى تقديره بالمدة فيستأجر لسقي شهر، فيصير العمل بالمدة معلوماً.

فإن قيل: فقد تخرج من المدة أوقات الاستراحة وزمان العلوفة، فيصير العمل بذكر المدة مجهولاً؟.

قيل: هذه أوقات استثناها العرف والشرع، فهي وإن لم تتقدر شرطاً تقدرت عرفاً، وكان تفاوت العرف فيها يسيراً يعفى عنه لعدم التحرز منه.

والنوع الرابع من أنواع العمل: أن يستأجر لاصطياد صيد، فيحتاج إلى ثلاثة شروط:

أحدها: ذكر جنس الجارح من فهد، أو نمر، أو باز، أو صقر. وأما الكلب، فعلى وجهين ذكرناهما.

ولو عين الجارح في العقد كان أولى، لاختلافها في الضراوة والتعليم. وإن لم يعينه وأطلق ذكر الجنس بعد وصفه بالتعليم، صح.

والشرط الثاني: ذكر ما يرسل عليه من الصيد من غزال، أو ثعلب، أو حمار وحش. لأن لكل صيد من ذلك أثراً في إتعاب الجارح، فإن شرطا جنساً فأرسله على غيره جاز إن كان مثله أو أقرب. وإن كان أصعب، صار متعدياً وضمن الجارح إن هلك، وأجرة تعديه على ما سنذكره.

والشرط الثالث: أن يكون العمل معلوم القدر، ولا يتقدر ذلك إلا بالزمان، كاشتراطه اصطياد شهر. فأما تقديره بأعداد ما يصطاد فلا يصح، لأنه قد يعن له الصيد ولا يعن، وقد يصيد إذا عنَّ وقد لا يصيد، فهذا تفصيل ما تكرى له البهائم من المنافع المألوفة.

فصل: فأما آلة الركوب والحمولة إذا أطلق اشتراطها على أحد المتعاقدين من المكري والمكتري، فينظر فيها: فما كان منها للتمكين من الركوب والحمل كالحوية والقتب والأكاف والخطام، فكله على الجمّال المكري، لأن الركوب لا يمكن إلا به، فكان من حقوق التمكين اللازمة له. وما كان منها لتوطية المركوب كالمحمل والوطاء والظل وما يعلق به المحمل على ظهر البعير من بردعة زائدة، فكل ذلك على الراكب المكتري.

فأما الحبل الذي يشد بين المحملين يجمع بينهما، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أنه على الجمّال المكتري، لأنه من آلة التمكين.

والثاني: أنه على الراكب المكتري، لأنه من آلة المحمل اللازم له. فأما الحبل الذي يشد به المحمل على البعير، فعلى الجمّال المكري باتفاق أصحابنا لأنه من آلة التمكين.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ أَكْرَاهُ إِلَى مَكَّةَ فَشَرَطَ سَيْراً مَعْلُوماً، فَهُوَ أَصَحُّ. وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ، فَالَّذِي أَحْفَظُهُ. أَنَّ السَّيْرَ مَعْلُومٌ عَلَى الْمَرَاحِلِ لأَنَّهَا الأَغْلَبُ مِنْ

سَيْرِ النَّاس، كَمَا أَنَّ لَهُ مِنَ الْكِرَاءِ الأَغْلَبَ مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ، وَأَيُّهُمَا أَرَادَ الْمُجَاوَزَةَ أَوِ التَّقْصِيرَ لَمْ يَكُنْ لَهُ[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأن السير لا يمكن أن يتصل ليلاً أو نهاراً، فلم يكن بد من وقت استراحة ووقت سير.

فإن شرطا في عقد الإجارة قدر سيرها في كل مرحلة بفراسخ معلومة، وفي وقت من الزمان معلوم كأول النهار أو آخره، أو أول الليل أو آخره، أو طرفي النهار، صح العقد وحملا على شرطهما، سواء وافقا فيه عرف الناس أو خالفاه. كما لو شرطا في الأجرة نقداً سمياه، صح به العقد سواء وافقا فيه الأغلب من نقود الناس أو خالفاه.

وإن لم يشترطا سيراً معلوماً في زمان معلوم، نظر: فإن كان سير الناس في طريقهم معلوماً بمنازل قد تقدرت لهم عرفاً وفي زمان قد صار لهم إلفاً، كمنازل طريق مكة في وقتنا وسير الحاج فيها في أوقات راتبة، صحت الإجارة مع إطلاق السير، وحملا على عرف الناس في سيرهم قدراً وواقعاً. وإن كان سير الناس مختلفاً، بطلت الإجارة، كما أن إطلاق النقد في الأجرة يوجب حملها على الأغلب من نقد البلد، فإن كان نقد الناس مختلفاً بطلت الإجارة.

فصل: وإذا أراد أحد المتكاريين بعد استقرار المسير بينهما في قدره وزمانه إما بالشرط أو العرف، أن يخالف في زيادة أو نقص، وإن تخالفت زمانه في تقديم أو تأخير، لم يكن له ذلك وحمل من فارق الشرط أو العرف على ما التزماه شرطاً أو عرفاً. مثل أن تكون المرحلة خمس فراسخ، فأراد المكتري أن يستزيد ليعجل المسير، أو أراد المكري أن ينقص لترفيه البعير.

أو كان في الليل فأراد المكتري أن يسير نهاراً، أو كان في النهار فأراد المكتري أن يسير ليلاً، لأن سير الليل أرفق بالبعير وأشق على الراكب، وسير النهار أرفق بالراكب وأشق على البعير، لم يجز وحمل المخالف منهما حقه على ما يستحقه بالشرط والعرف. وهكذا لو طلب الجمال أن يخرج عن القافلة في مسيره طلباً للكلأ أو السعة، أو طلب ذلك الراكب لم يجز.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٧.

فصل: فأما نزول الراكب للرواح ليمشي تخفيفاً على البعير، فإن شرطه الجمال على الراكب وكان معلوماً، صح ولزم، وجرى ذلك مجرى أوقات الاستراحة. وإن لم يشرطه الجمال على الراكب، فإن لم يكن للناس في سفرهم ذلك عرف في الرواح لم يجب على الراكب، وكان له استدامة الركوب ما كانوا على السير. وإن كان لهم عرف في الرواح كعرفهم في طريق مكة، ففيه وجهان:

أحدهما: يجب على الراكب أن يمشي للرواح اعتباراً بالعرف.

والثاني: لا يجب عليه تغليباً لحكم العقد.

فصل: فأما إذا اكترى لنفسه أو لعبده عقبة ليمشي وقتاً ويركب وقتاً، فيمشي بقدر ما ركب، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يشترك فيها اثنان فيستأجرا بعيراً ليتعاقباه، فهذا جائز سواء كان على بعير معين أو غير معين، ثم يحمل الشريكان في تعاقبهما على عرف الناس، وهو: أن يركب أحدهما ستة أميال ثم ينزل فيمشي حتى يركب شريكه مثلها، فإن تنازعا في الأسبق منهما بالركوب جاز أن يقترعا، لأنها في القسم الذي تدخله القرعة.

والضرب الثاني: أن يكون مستأجر العقبة واحد يركب في وقت، ويمشي في وقت، فلا يخلو حال البعير من أحد أمرين: إما أن يكون معيناً، أو غير معين.

فإن كان غير معين صحت الإجارة. وقال الشافعي: وله عقبة على ما يعرف الناس. ثم ينزل فيمشي بقدر ما ركب، ولا يتابع المشي فيقدح، ولا الركوب فيضر ببعيره. يعني: أنه يحمل على عرف الناس في الوقت، في ركوبه ومشيه، وهو ما ذكرناه من الأميال الستة. إلا أن يشترطا أقل من ذلك أو أكثر، فهو على شرطهما.

وإن كان البعير معيناً، ففي صحة الإجارة عليها وجهان:

أحدهما: صحيحة، كالرواح الذي يجوز اشتراطه مع تعين البعير.

والوجه الثاني: قاله المزني: وهو الأصح، أن الإجارة عليها باطلة، لأن العقد فيها وقع على عين شرط فيها تأخير القبض، وخالف اشتراط الرواح الذي هو يسير كالاستراحة.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ تَكَارَى إِبِلاً بِأَعْيَانِهَا رَكِبَهَا، وَإِنْ ذَكَرَ حَمُولَةً مَضْمُونَةً وَلَمْ تَكُنْ بِأَعْيَانِهَا، رَكِبَ مَا يَحْمِلُهُ غَيْرَ مُضِرٍّ بِهِ)[١].

قال الماوردي: قد ذكرنا أن كراء الإبل. معين، ومضمون.

فالمعين: أن يكتري بعيراً بعينه قد رآه، فيوقع العقد عليه، وليس للراكب أن يستبدل به، ولا للجمال إلا عن مراضاة. فإن ظهر بالبعير عيب من صعوبة ظهر، أو خشونة سير، كان له الخيار في المقام أو الفسخ، كما يفسخ بظهور العيب في بيوع الأعيان. فإن هلك البعير، بطلت الإجارة وصار كانهدام الدار وموت العبد، فيكون على ما مضى.

وأما المضمون فهو: أن يكتري منه ركوبة بعير لا يعينه، أوحمولة مضمونة في ذمته، ويختار أن يقول في العقد: بعيراً من الإبل السمان المسان المذلّل تأكيداً. فإن أغفله، صح العقد.

وعلى الجمال أن يحمله على بعير وطيء الظهر، سهل السير. فإن أركبه بعيراً خشن الظهر صعب السير، فله مطالبة الجمال ببدله مما لا عيب في سيره، كما يستبدل بالسلم المضمون إذا وجد به عيباً.

وهكذا لو مات البعير، طالب بغيره. ولو أراد الراكب والبعير وطيء الظهر سهل السير، أن يطالبه بأوطأ منه وأسهل، لم يكن له، كما لم يكن له في السلم إذا دفع إليه على صفته أن يطالبه بما هو أجود.

فلو أراد الجمال أن يبدل البعير الذي قد استوطأه الراكب بغيره من الإبل الوطيئة، فإن انزعج به الراكب أو استضر لم يكن له، وإن لم ينزعج به جاز، ولم يكن للراكب عليه اعتراض.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَعَلَيْهِ أَنْ يُرْكِبَ الْمَرْأَةَ وَيُنْزِلَهَا عَنِ الْبَعِيرِ بَارِكاً لأَنَّهُ رُكُوبُ النِّسَاءِ)[٢].

قال الماوردي: إعلمْ أن القيام بالبعير المكري في قوده وتسييره ونزوله ورحيله مستحق على الجمال المكري دون الراكب المكتري، سواء وقع العقد على معين أو مضمون، لما عليه من حقوق التمكين.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٧.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢٧.

وإذا كان كذلك، فعليه إذا كان الراكب امرأة أن ينيخ لها البعير إذا أرادت الركوب أو النزول، لتركب وتنزل والبعير بارك، سواء قدرت على الركوب والنزول، مع قيام البعير أو لا؛ لأنه المعهود من ركوب النساء فحملت عليه. ولأن في ركوبها والبعير قائم هتكاً وتبرجاً، فمنع منه.

فأما الرجل فإن كان شيخاً أو مريضاً، أو ثقيل البدن، أو ممن لا يحسن ركوب البعير القائم، فعليه أن ينيخ له البعير في ركوبه ونزوله كالمرأة. وإن كان شاباً سريع النهضة يحسن ركوب البعير القائم، وقف له البعير حتى يركبه، ولم يلزمه أن ينيخه له بخلاف المرأة والشيخ.

فإن كان على البعير ما يتعلق به لركوبه عليه تعلق به وركب، وإن لم يكن عليه شبك له الجمال بين أصابعه ليرقى عليها، فيتمكن من ركوب البعير على ما جرى به العرف. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَيُنْزِلَ الرَّجُلَ لِلصَّلَاةِ وَيَنْتَظِرَهُ حَتَّى يُصَلِّيهَا غَيْرَ مُعْجِلٍ لَهُ وَلِمَا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ مِنَ الْوُضُوءِ)[(١)].

قال الماوردي: إعلمْ أن كل ما لا يقدر الراكب أن يفعله على البعير فعلى الجمال أن ينزله لأجله، وما قدر على فعله لم ينزله.

فمما لا يقدر على فعله راكباً، كحاجته إلى الغائط والبول، وكذلك الوضوء لمن لم يشترط محملاً وصلاة الفرض، لأنه وإن قدر عليها راكباً فالشرع يمنع من أدائها إلا نازلاً. فإذا نزل لذلك لم يكن له أن يتباطأ، ولا للجمال أن يعجله، ويمكنه من قضاء حاجته وطهارته، ومن أداء صلاته بفروضها وسننها. فإن تثاقل في الحاجة وتباطأ عن العادة منع، فإن كان طبعاً فيه وعادة له كان عيباً، والجمال بالخيار بين الصبر له على ذلك، أو فسخ الإجارة.

وكذا لو كان غير الركوب، خير الجمّال بين: المقام، أو الفسخ. إلا أن يستبدل الراكب بنفسه من لا يكون عسوفاً، فلا خيار للجمّال. فأما ما يمكن الراكب أن يفعله راكباً كالأكل والشرب وصلاة النافلة، فليس على الجمال، أن ينزله لذلك، وسواء كانت النافلة من السنن الموظفات أو كانت تطوعاً، لأن فعل الجميع على البعير جائز.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٧.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يَتَكَارَى بَعِيراً بِعَيْنِهِ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ إِلاَّ عِنْدَ خُرُوجِهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وقد قدمنا أن إجارة الظهر للركوب أو الحمولة ضربان: معينة، ومضمونة.

فإن كانت معينة على بعير بعينه، جاز أن يتقدر ركوبه بالمدة فيستأجره ليركبه من البصرة إلى مكة، فيصير الركوب معلوماً بكلا الأمرين بالمدة والمسافة، وتصح الإجارة عليه. فإن شرط في هذا العقد المعين أجلاً، جعل محلاً للقبض والتسليم كقوله: أجرتك هذا البعير لتركبه إلى مكة على أن أسلمه إليك بعد شهر أو بعد يوم، لم يجز وكان العقد فاسداً، سواء قل الأجل أو كثر.

وقال أبو حنيفة: يجوز العقد سواء قل الأجل أو كثر.

وقال مالك: إن قل الأجل صح العقد، وإن كثر فسد استدلالاً بأن قبض المنافع في الإجارات يتأخر حكماً في المضمون والمعين، فجاز أن يكون إقباض الرقبة متأخراً شرطاً في المضمون والمعين.

ودليلنا هو: أن ما تعين بعقود المعاوضات لم يجز تأجيل قبضه كالبيع، ولأن عقود المنافع إذا تعينت رقابها بطلت بتأجيل إقباضها، كالزوجة إذا شرط تأجيل تسليمها. ولأنه عقد على منفعة عين يتخلل بين العقد والتسليم منفعة يستحقها غير العاقد، فوجب أن يبطل العقد، كالعقد على امرأة ذات زوج.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن المنافع يتأخر قبضها حكماً فجاز أن يتأخر شرطاً، فهو: أن قبض المنافع متعجل، وإنما الاستيفاء متأخر لتعذر التعجيل فيه، وليس كالرقبة التي لا يتعذر تعجيل قبضها. فإذا ثبت أن تأخير القبض بشرط لا يصح، فإن وقع العقد مطلقاً ثم تأخر القبض فالعقد صحيح، كالعين المبيعة إذا تأخر قبضها من غير شرط.

فصل: فأما المضمون في الذمة، فيجوز تقدير الركوب فيه بالمدة والمسافة، كالمعين. ويجوز تعجيله وتأجيله، بخلاف المعين، لأن ما ضمن في الذمة لم يمتنع فيه تأجيل القبض كالسلم.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٧.

فإن عقد حالاً جاز أن تكون الأجرة فيه حالة ومؤجلة، وإن عقد مؤجلاً كاستئجاره ركوب بعير في ذمته يركبه إلى مكة بعد شهر من وقته لم يجز تأجيل الأجرة فيه، لأنها تصير ديناً بدين. وهل لزم تعجيل قبضها قبل الافتراق أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يلزم. كالسلم المضمون، فإن تفرقا قبل القبض بطل العقد.

والوجه الثاني: لا يلزم، ويجوز أن يتفرقا قبل القبض، كما يجوز في العقد المعجل وإن كان مضموناً.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ مَاتَ الْبَعِيرُ رَدَّ الْجمَال مِنَ الْكِرَاءِ مِمَّا أَخَذَ بِحِسَابِ مَا بَقِيَ، وَإِنْ كَانَتِ الْحَمُولَةُ مَضْمُونَةً كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَ بِإِبِلٍ غَيْرِهَا)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا أن موت البعير المكتري يوجب فسخ الإجارة إن كان العقد معيناً، ولا يوجب الفسخ إن كان العقد مضموناً. وإذا انفسخ في المعين، كان في حكم الدار إذا انهدمت، والعبد إذا مات. وإذا لم ينفسخ في المضمون، طولب الجمال ببدله.

فصل: فأما إن لم يمت البعير ولكن شرد البعير من راكبه، فإن لم يوجد فهو كما لو مات، غير أنه إن نسب شرود البعير إلى تفريط الراكب أو تعديه ضمنه، وإن لم ينسب إلى تفريطه أو تعديه لم يضمنه.

وإن وجد البعير بعد تقضي مدة المسير، فإن نسب إلى تفريط الراكب فقد استوفى حقه، ولا رجوع عليه بالأجرة، لأنها بالتفريط مضمونة عليه كالرقبة. وإن لم ينسب إلى تفريطه، فهو غير مضمون عليه، ثم ينظر في عقد الإجارة. فإن كان الركوب فيه مقدراً بالمدة، فإذا انقضت والبعير شارد بطلت الإجارة، سواء كان البعير معيناً أو مضموناً، لأن بانقضاء المدة يفوت المعقود عليه. كمن استأجر داراً شهراً فلم يقبضها حتى انقضى الشهر، بطلت الإجارة.

وإن كان الركوب مقدراً بالمسافة، لم تبطل الإجارة لبقاء المعقود عليه. وإن تأخر قبضه فصار كمن استؤجر لعمل فأخره، لم تبطل الإجارة، ثم الراكب بالخيار للضرر الداخل عليه بتأخير السير بين: المقام، أو الفسخ.

(١) مختصر المزني: ص ١٢٧.

فصل: فأما إذا غصب البعير حتى انقضت مدة السير، فإن كان ذلك منسوباً إلى منع المكري منه فهو في الحكم، كما لو شرد.

وإن كان غصباً من أجنبي حال بين البعير وبين ربه وراكبه، وصار ضامناً لرقبته وأجرة منافعه، ففي العقد قولان بناء على اختلاف قوليه في المبيع إذا استهلكه أجنبي قبل قبض مشتريه:

فأحد القولين: أن البيع قد بطل، ويرجع المشتري بالثمن.

والقول الثاني: أنه لا يبطل، والمشتري بالخيار بين الفسخ و الرجوع على البائع بالثمن، وبين المقام والرجوع بقيمة المبيع على مستهلكه. كذلك الإجارة كالبيع على قولين:

أحدهما: أنها قد بطلت إن كان الركوب مقدراً بالمدة، فهو على ما مضى في شرود البعير، وهذا أصح القولين في البيع والإجارة معاً.

والقول الثاني: أن الإجارة لا تبطل، وهو فيها بالخيار. فإن كان الركوب مقدراً بالمدة، كان خياره بين شيئين: بين المقام على الإجارة والرجوع على الغاصب بأجرة المثل، وبين الفسخ والرجوع على المكري بالأجرة المسماة. وإن كان الركوب مقدراً بالمسافة، كان خياره بين ثلاثة أشياء:

أحدها: الفسخ والرجوع بالمسمى.

والثاني: المقام وأخذ أجرة المثل من الغاصب، وقد استوفي.

والثالث: المقام وركوب البعير، ويرجع الجمال المالك على الغاصب بأجرة المثل، فأي هذه الثلاثة اختاره الراكب فهو له.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الرِّحْلَةِ، رَحَلَ لَا مَكْبُوباً وَلَا مُسْتَلْقِياً)[1].

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في هذه الرحلة:

فقال أبو علي بن أبي هريرة: تأويله أن يدعو الراكب إلى تقديم المحمل إلى مقدمة

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٧.

البعير ليكون أوطأ لركوبه، ويدعو الجمال إلى تأخير المحمل إلى مؤخر البعير، ليكون أسهل على البعير، وإن شق على الراكب فلا يرجع إلى قول واحد منهما، ويراعى عرف الناس فيه فيجعل المحمل وسطاً لا يقدم ولا يؤخر حتى لا ينكب ولا يستلقي.

وحكي عن أبي إسحاق المروزي: أن تأويله أن يدعو الراكب إلى أن يوسع قيد المحمل المقدم حتى ينزل، ويضيق قيد المؤخر حتى يعلو، ليستلقي الراكب على ظهره فلا ينكب لما فيه من رفاهيته، ويدعو الجمال إلى توسيع المؤخر لينزل، ويضيق المقدم ليعلو لينكب الراكب على وجهه، فيكون أرفه على البعير ليصير الحمل على عجزه فلا يقبل من واحد منهما، ويراعى عرف الناس فيه فيسوى بين قيد المقدم والمؤخر حتى لا ينكب ولا يستلقي.

وقال أبو علي الطبري: تأويله أن يدعو الراكب إلى تضييق قيدي المحمل ليعلو على ظهر البعير، ويدعو الجمال إلى توسيعهما ليستلقي على جنب البعير فيمنعا، ويشد وسطاً لا عالياً ولا مستلقياً.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالْقِيَاسُ أَنْ يُبَدَّلَ مَا يَبْقَى مِنَ الزَّادِ، وَلَوْ قِيلَ: إِنَّ الْمَعْرُوفَ مِنَ الزَّادِ يُنْقَصُ فَلَا يُبْدَلُ، كَانَ مَذْهَباً. (قَالَ الْمُزَنِيُّ): الأَوَّلُ أَقْيَسُهُمَا)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في مسافر اكترى من جمّال جملاً ليركبه ويحمل مائة رطل من زاد ليأكله في سفره، ففني بالأكل أو فني بعضه، فهل للمكتري أن يبدل ما في الزاد بمثله أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما: له أن يبدل ما فني منه، كما يبدل ما سرق منه، وكما يبدل المتاع لو تلف بغيره، وكما يحمل بدل الماء الذي يشربه، وهذا اختيار المزني لأنه أقيس.

والقول الثاني: لا يبدل ما فني منه بالأكل، اعتباراً بالعرف المعهود فيه أن الزاد إذا فني بالأكل لم يبدل، فكان العرف فيه أولى أن يعتبر. ولأن أجرة الزاد في العرف أقل من أجرة المتاع، لما استقرت به العادة من إبدال المتاع دون الزاد.

وقال أبو إسحاق المروزي: إن كانت أسعار الزاد في المنازل متقاربة في الرخص

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٧.

والغلاء، وكان انقطاعه مأموناً، لم يكن له إبداله لأنه لا غرض في حمل زاد إلى منزل يقدر فيه على مثله بمثل ثمنه. وإن كان ينتقل إلى منازل تغلو فيها أثمان الزاد، فيبدل ما فني منه، لا يختلف القول فيه، لأن العرف جارٍ به والقياس دال عليه، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ هَرَبَ الجمّال فَعَلَى الإِمَامِ أَنْ يَكْتَرِيَ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل اكترى جملاً من جمّال ليركبه إلى مكة، أو يركبه مدة معلومة، أو اكتراه لحمولة، فهرب الجمّال، فلا يخلو حال الجمل المكترى من أحد أمرين: إما أن يخلفه مع الراكب، أو يهرب به معه.

فإن خلفه مع الراكب، فللراكب أن يستوفي حقه في ركوبه إلى مكة، والجمل لا يستغني في مدة الركوب عن خادم وعلوفة، وذلك حق للراكب على الجمال. فإن وجد الراكب حاكماً، رفع أمره إليه حتى يحكم في مال الجمال إن وجد له مالاً بأجرة خادم وثمن علوفة، وإن لم يجد له مالاً اقترض عليه من أجنبي أو من الراكب، قدر ما يصرفه في أجرة خادم وثمن علوفة، ليكون ذلك ديناً على الجمال يرجع به المقرض عليه متى وجده، أو في ماله أين وجد. والأولى أن يقدر الحاكم أجرة الخادم وثمن العلوفة، ليسقط التنازع. فإن أنفق الراكب زيادة على تقدير الحاكم، فهي تطوع لا يرجع بها على الجمال. وإن لم يقدر الحاكم أجرة الخادم وثمن العلوفة لاختلاف ذلك باختلاف المنازل، جاز توسط الراكب فيها بالمعروف من غير سرف ولا تقصير.

فإن اختلف الراكب والجمال في قدر النفقة، ففيه لأصحابنا ثلاثة أوجه قد أشار إليها الشافعي في كتاب الأم:

أحدها: أن القول فيه قول الراكب المنفق، لأنه أمين.

والوجه الثاني: أن القول قول الجمال لأنه غارم.

والوجه الثالث: أنه يرجع فيه إلى عرف الناس وعادتهم في علف مثلها. فإذا وافق ذلك قول أحدهما فهو المعول عليه، سواء وافق قول الجمال أو الراكب أو خالفهما، وهذا اختيار الشافعي رضي الله عنه.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٧.

وإن خالف قياس الأصول الموجبة لأحد المذهبين، فقد يترك القياس إذا تفاحش إلى ما يكون عدلاً بين الناس.

فأما إن أنفق الراكب بغير حكم الحاكم ولا استئذانه، فإن فعل ذلك مع القدرة على الحاكم كان متطوعاً لا يرجع بما أنفق. وإن فعل ذلك لتعذر الحاكم أو عدمه، فإن لم يشهد بالرجوع لم يرجع، وإن أشهد أنه ينفق ليرجع ففي رجوعه وجهان:

أحدهما: لا يرجع، لأنه يصير حاكماً لنفسه ليستوفي حقه بمال غيره، وكما لا يرجع مستودَع الدابة عل ربها بثمن علوفها.

والوجه الثاني: يرجع بما أنفق، لأنه حق على غائب، فجاز عند الضرورة أن يتوصل صاحبه إليه بحسب المكنة. ما يجوز لصاحب الدين الممنوع أن يتوصل إلى أخذه من مال من هو عليه جهراً وسراً، بحكم وغير حكم. وخالف ذلك حال مستودَع الدابة لتطوعه باستيداعها، فصار متطوعاً بنفقتها، فهذا حكم الجمّال إذا هرب وخلف الجمل مع الراكب.

فصل: فأما إذا هرب الجمّال بالجمل معه، فلا يخلو حال الإجارة من أن تكون: معينة، أو في الذمة.

فإن كانت في الذمة: فإن الحاكم يستأجر على الجمّال جملاً يحمل عليه الراكب، ويكون ذلك في مال الجمال إن كان موجوداً، أو قرضاً عليه إن كان معدوماً. فلو دفع الحاكم المال إلى الراكب ليكتري لنفسه، لم يجز كما لا يجوز لبائع السلم أن يدفع إلى مشتريه مالاً يشتري لنفسه بمال غيره. فإن لم يجد الحاكم للجمال مالاً ولا مقرضاً، نظر في الإجارة: فإن كانت على مدة تنقضي، بطلت بالفوات، وكانت الأجرة المسماة ديناً على الجمّال يتبعه بها الراكب متى وجده، أو وجد له مالاً. وإن كانت إلى بلد معينة لم تبطل بالتأخير، وكان الراكب بالخيار بين: الفسخ واتباع الجمّال بالأجرة، وبين المقام على الإجارة وأخذ الجمال بها متى وجد.

وإن كانت الإجارة معينة على بعير بعينه، لم يجز للحاكم أن يستأجر على الجمال بعيراً غيره، لأن ما تعين بالعقد لم يصح فيه البدل. كمن استأجر بعيراً بعينه فشرد، لم يكن للمستأجر بدله وإذا كان كذلك، نظر في الإجارة: فإن كانت على مدة مسماة بطلت بانقضائها، وكان المسمى من الأجرة ديناً على الجمال إن قبضه. وإن كانت إلى بلد بعينه،

لم تبطل بالتأخير، وكان المستأجر بالخيار لاستضراره بالتأخير بين المقام والفسخ، وبالله التوفيق.

فصل: وإذا استأجر الرجل بعيراً ليركبه، فأراد أن يحمل عليه متاعاً بدلاً من ركوبه، لم يجز لأن الراكب يتحرك بحركة البعير في مسيره متقدماً ومتأخراً، فصار بذلك أسهل على البعير من المتاع.

ولو كان قد استأجره لحمل متاع، فأراد أن يركب بدلاً من المتاع، لم يجز أيضاً لأن المتاع يتفرق في جنبي البعير فصار بذلك أسهل على البعير من الراكب الذي يركب في موضع واحد من ظهره.

ولو استأجره ولم يسم ركوباً ولا حملاً، كانت الإجارة باطلة. وهكذا لو ذكر ركوباً ولم يعين راكبه، أو ذكر حملاً ولم يذكر قدره، أو ذكر قدره ولم يذكر جنسه، بطلت الإجارة للجهل بها.

فصل: وإذا استأجر دابة ليركبها شهراً، اعتبر في صحة إجارتها شرطان:

أحدهما: أن يذكر الناحية التي يركبها فيها، لأن الأرض تختلف بالحزونة والسهولة، فإن أغفل ذكر الناحية بطلت الإجارة.

والشرط الثاني: أن يذكر المكان الذي يسلمها فيه. لأنه قد يركبها مسافراً إلى بلد تكون مسافته شهراً، فيكون تسليمه في ذلك البلد. وقد يركبها ذاهباً وعائداً مدة شهر، فيكون تسليمه في بلده.

وإذا كان كذلك مختلفاً مع إطلاق الشهر، لم يكن بد من ذكر موضع التسليم. فإن أغفله، بطلت الإجارة.

فلو استأجرها ليركبها مسافة شهر إلى مكة، لم يجز لأن ما تقدر العمل فيه لم يجز اشتراط المدة فيه، وما شرط فيه المدة لم يجز تقدير العمل فيه، لما ذكرنا قبل ذلك من التعليل. وكان بعض أصحابنا يجيزه لما فيه من زيادة التأكيد.

وكان أبو الفياض يقول: إن كان العمل ممكناً في تلك المدة صح، وإن كان غير ممكن لم يصح. والتعليل الماضي يفسد هذين المذهبين.

فصل: وإذا استأجر الرجل دابة ليركبها إلى بلد بعينه، فأراد أن يركبها إلى غيره، فإن شرط عليه تسليمها في ذلك البلد لم يجز أن يركب إلى غيره.

وإن لم يشرط عليه تسليمها في ذلك البلد لاستئجاره إياها ذاهباً وعائداً، جاز أن يركبها إلى غير ذلك البلد إذا كان على مثل مسافته وكان طريقه مساوياً لطريقه في السهولة والحزونة أو أسهل منه، ولم يجز إن كان أبعد أو أحزن.

فصل: وإذا استأجر اليهودي عبداً مسلماً، أو حراً مسلماً فإن كان على عمل مضمون في ذمته جاز. وقد كان عليّ كرّم الله وجهه يستقي الماء لامرأة يهودية، كل دلو بتمرة[1].

وإن كانت على خدمة تتعلق برقبته، ففي الإجارة قولان، كما لو ابتاع اليهودي عبداً مسلماً:

أحدهما: أنها باطلة.

والثاني: جائزة. فإن نقلها المستأجر من نفسه إلى مسلم، وإلا فسخها الحاكم عليه.

فصل: وإذا استأجر المسلم أجيراً فوجده يهودياً أو نصرانياً، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما تبطل فيه الإجارة، وهو ما كان اختلاف الدين مانعاً منه وهو نوعان:

أحدهما: ما يمنع منه حكماً كالحج فتبطل الإجارة فيه، وإن حج لم يكن له أجرة، لأنه هو المفوت لعمل نفسه بما كتمه من كفره.

والنوع الثاني: ما منع منه حظراً، مثل كَتْبِ المصاحف، لأن الكافر ممنوع من مس المصحف، فإن لم يعلم بحاله حتى كتبه، فله أجرة مثله دون المسمى، لأن العمل المعقود عليه قد كمل لمستأجره عن عقد حكم بفساده، فهذا قسم.

والقسم الثاني: ما تصح فيه الإجارة ولا خيار للمستأجر فيه، وهو أعمال الصناعات التي ليس فيها طاعة مقصودة، كبناء دار، أو عمارة أرض، أو رعي ماشية، لأن هذه أعمال يستوي فيها المسلم والكافر.

والقسم الثالث: ما تصح فيه الإجارة ويثبت فيه الخيار، وهو ما كان من الأعمال طاعة مقصودة كبناء المساجد ونحر الأضاحي. فإن كانت الإجارة معينة، فللمستأجر الخيار في المقام أو الفسخ، لأن قيام المسلم به أعظم ثواباً.

---

(١) سبق تخريجه.

وإن كانت في الذمة، قيل للأجير: إن استنبت فيها مسلماً، فلا خيار للمستأجر، وإن توليتها بنفسك فللمستأجر الخيار.

فصل: وإذا استأجر امرأة لرضاع طفل جاز، إذا عرفت سنة مشاهدة أو خبراً، وكان زمان رضاعه معلوماً. فإن لم تشاهده، ولا أخبرت بسنه، لم يجز لاختلاف شربه باختلاف سنه. ثم عليها أن تسقيه قدر ريّه، وفي أوقات حاجته. وإن كان ذلك مجهولاً، فهي جهالة لا يمكن الاحتراز منها، فعفي عنها.

فإن شرط عليها مع الرضاع حضانة الطفل وخدمته، لزمها. وإن أغفلا ذلك، ففي لزومه لها وجهان من اختلاف أصحابنا في الحضانة: هل مقصودها الرضع والخدمة، أم الخدمة والرضاع تبع؟.

فأحد الوجهين: أن الخدمة تبع للرضاع في الحضانة، فعلى هذا لا تجبر على خدمته.

والثاني: أن الرضاع تبع للخدمة. فعلى هذا، تجبر على خدمته. وليس على المرضعة أن تأتي إلى الطفل فترضعه، بل على ولي الطفل إذا أراد إرضاعه أن يحمله إليها ليرتضع، ولولي الطفل أن يمنعها من أكل ما يضر بلبنها.

فإن كان الطفل لا يستمرىء لبنها لعلة في اللبن، فهذا عيب، وللمستأجر الفسخ.

ولو كانت ذات زوج لم يمنع الزوج من وطئها، فإن لم يعلم المستأجر أنها ذات زوج فله الفسخ، وللزوج أن يمنع زوجته من إجارة نفسها مرضعاً. فإن أجرت نفسها، فله الخيار في فسخ الإجارة عليها.

وإذا سقت المرضعة الطفل من لبن غيرها، فإن كانت الإجارة في الذمة فلها الأجرة، وإن كانت معينة فلا أجرة لها. وقال أهل العراق لها الأجرة.

ولو ماتت المرضعة بطلت الإجارة، ولو مات الطفل ففي بطلان الإجارة قولان:

أحدهما: قد بطلت.

والثاني: لا تبطل، ويأتي المستأجر ببدله على ما سنذكره في الخلع.

وإذا ضاع حلي الطفل لم تضمنه إن قيل: إن العوض للرضاع و الخدمة تبع. فإن قيل: إن العوض أجرة للخدمة والحفظ، فهي كالأجير لا يضمن إن كان منفرداً، ويضمن في أحد القولين إن كان مشتركاً، والله أعلم بالصواب.

تَضْمِينُ الأُجَرَاءِ مِنَ الإجَارَةِ[1]

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (الأُجَرَاءُ كُلُّهُمْ سَوَاءٌ، وَمَا تَلَفَ فِي أَيْدِيهِمْ مِنْ غَيْرِ جِنَايَتِهِمْ فَفِيهِ وَاحِدٌ مِنْ قَوْلَيْنِ أَحَدِهِما: الضَّمَانُ، لأَنَّهُ أَخَذَ الأَجْرَ. وَالْقَوْلُ الآخَرُ: لاَ ضَمَانَ إِلاَّ بِالْعُدْوَانِ. إلى آخر قول المزني)[2].

قال الماوردي: وجملة الأجراء والصناع ضربان: منفرد، ومشترك. وحكمهما يختلف.

وقول الشافعي: «إن الأجراء كلهم سواء» يعني به: الأجير المشترك، مع اختلاف صنائعهم.

فأما الأجير المنفرد فهو: الذي يكون عمله في يد مستأجره، كرجل دعا صانعاً إلى منزله ليصوغ له حلياً، أو يخيط له ثوباً، أو يخبز له خبزاً، أو يبيطر له فرساً، أو يختن له عبداً، فينفرد الأجير بعمله في منزل المستأجر، فهذا أجير منفرد سواء حضر المستأجر عمله أو لم يحضر. وهكذا لو حمل المستأجر ثوبه إلى دكان الأجير ليخيطه، أو حمل إليه حلية ليصوغه، وهو حاضر ويده على ماله، فهذا أجير منفرد. وسواء كان في دكانه عمل لغيره، أو لم يكن، فهذان النوعان على سواء في حكم الأجير المنفرد.

---

(١) في المختصر: تضمين الأجراء من الإجارة، من كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢٧. وتتمة المسألة: «(قال المزني): هذا أولاهما به، لأنه قطع بأن لا ضمان على الحجام يأمره الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبيطر دابته. وقد قال الشافعي: إذا ألقوا عن هؤلاء الضمان لزمهم إلقاؤه عن الصناع. وقال: ما علمت أني سألت واحد منهم ففرق بينهما منهم، وروي عن عطاء أنه قال: لا ضمان على صانع ولا أجير (قال المزني) رحمه الله: ولا أعرف أحداً من العلماء ضمن الراعي المنفرد بالأجرة ولا فرق بينه عندي في القياس، وبين المشترك، ولا أضمن الأجير في الحانوت يحفظ ما فيه من البزّ ويبيعه. والصانع بالأجرة عندي في القياس مثله (قال الشافعي) رحمه الله: وإذا استأجر من يخبز له خبزاً معلوماً في تنور أو فرن فاحترق فإن كان خبزه في حال لا يخبز في مثلها لاستعار التنور أو شدة حموه أو تركه تركاً لا يجوز في مثله، فهو ضامن. وإن كان ما فعل صلاحاً لمثله، لم يضمن عند من لا يضمن الأجير».

وأما الأجير المشترك: فهو الذي يكون عمله في يد نفسه لمستأجره، مع عمله لمستأجر آخر، كالقصابين والخياطين في حوانيتهم. فأما الأخير الأجير الذي يكون عمله في يد نفسه منفرداً لمستأجرٍ واحد لا يشركه بغيره، كصانع أو خياط يعمل في دكانه لرجل واحد ولا يعمل لغيره، ومستأجره غائب عن عمله، فقد اختلف أصحابنا: هل يكون حكمه حكم الأجير المنفرد، أو حكم الأجير المشترك؟

فحكي عن أبي إسحاق المروزي وهو مذهب البصريين: إنه في حكم الأجير المنفرد، لاختصاصه بمستأجر واحد

وقال أبو علي بن أبي هريرة، وهو مذهب البغداديين: إنه في حكم الأجير المشترك، لاختصاصه باليد والتصرف دون المستأجر.

فصل: وإذ قد وضح ما ذكرنا من حال الأجير المنفرد والمشترك، فسنذكر حكم كل واحد منهما:

أما المنفرد إذا تلف المال من يده، فلا يخلو تلفه من أحد أمرين: إما أن يكون بجنايته وعدوانه، أَوْ لاَ.

فإن تلف بجنايته وعدوانه، فعليه ضمانه، وإن كان في يد مالكه. ألا ترى أن من جنى على دابة رجل هو راكبها، أو على ثياب رجل فهو لابسها، وجب عليه ضمانها كذلك هذا الأجير؟

وإن تلف ذلك بغير جناية الأجير ولا عدوانه فلا ضمان عليه، لأن ما تلف في يد أربابه لم يضمن بغير جناية ولا عدوان. فإن اختلف رب المال والأجير في العدوان، فالقول قول الأجير مع يمينه، ما لم يعلم خلاف قوله لإنكاره وبراءة ذمته، فلا ضمان عليه.

فأما أجرة الأجير، فإن كان تلف ذلك قبل عمله فلا أجرة له، ثم ينظر في الإجارة: فإن كانت معقودة على عين ذلك المال، بطلت بتلفه. وإن كانت مطلقة، لم تبطل، واستعمله المستأجر في غيره، فقد حصل قبضه فلزمه الأجرة. وسواء كان التلف بعدوان الأجير أم لا، إلا أنه تلف بعدوانه بعد العمل لزمه قيمته معمولاً. ولو تلف قبل العمل، لزمه قيمته غير معمول.

فلو اختلف الأجير ورب المال في العمل، فادعاه الأجير وأنكره المستأجر، فالقول

فيه قول المستأجر مع يمينه مالم يعلم خلاف قوله، لأن الأصل أن لا عمل. فهذا حكم الأجير المنفرد.

فصل: وأما الأجير المشترك، فإن تلف المال في يده بجنايته وعدوانه فعليه ضمانه، لأن الأمانات تضمن بالجنايات. وإن تلف بغير جنايته ولا عدوانه، ففي وجوب ضمانه قولان: .

أحدهما: أنه ضامن وقبضه قبض ضمان، وبه قال: مالك، وابن أبي ليلى، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وروي نحوه عن: علي، وعمر.

ووجهه: ماروى خلاس بن عمرو قال: كان علي كرم الله وجهه يضمن الأجير ويقول: «هذا يصلح الناس»[1] ولأنه تصرف في ملك غيره لمنفعة نفسه، فوجب أن يكون من ضمانه كالمستعير. ولأن الأجره ترجع إليه، فوجب أن يكون الضمان عليه كالمؤجر المستحق لأجرتها. كذلك الأجير يجب أن يكون عليه ضمان المال، لأن الأجرة صائرة إليه. فعلى هذا، يكون كالعارية وفي كيفية ضمانها وجهان: .

أحدهما: يضمن قيمته وقت التلف.

والثاني: أكثر ما كان قيمته من وقت القبض إلى وقت التلف.

والقول الثاني: أنه لا ضمان عليه، وقبضه قبض أمانة. وبه قال عطاء وطاوس، وهذا أصح القولين، واختاره المزني.

وقال أبو حنيفة: إن تلف بغير فعل الأجير لم يضمنه، وإن تلف بفعله ضمنه، سواء كان فعله عدواناً أم لا.

فأما الأجرة فلا يستحقها الأجير وإن عمل، سواء ضمن أو لم يضمن، لأن عمله تلف في يد مستأجره، بخلاف المنفرد.

والدليل على سقوط الضمان عنه هو: أن الأصول موضوعة على أن من أخذ مال غيره

(١) الأثر عن علي: أخرجه البيهقي ٦/ ١٢٢ من طريق جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي، وأنه كان يضمن الصباغ والصائغ، ومن طريق قتادة، عن خلاس: أن علياً كان يضمن الأجير. وحديث جعفر مرسل، وأهل الحديث يضعفون حديث الخلاس عن علي. والأم ٤/ ٤٠ في اختلاف العراقيين وقال: وروي عن عمر من وجه أضعف من هذا ولم نعلم واحد منهما يثبت، وقد روي عن علي أنه كان لا يضمن أحداً من الاجراء من وجه لا يثبت مثله.

لمنفعة نفسه ضمنه، كالمقترض والمستعير أخذه لمنفعة مالكه لم يضمنه، كالمودع. ومن أخذه لمنفعة مشتركة بينه وبين مالكه كالمضارب والمرتهن، فلا يضمن إلا بالتعدي. كذلك الأجير أخذ المال لمنفعة نفسه ومنفعة مالكه، فوجب أن لا يضمنه. ولأن عقد الإجارة لما جعل يد المستأجر يد أمانة، وجب أن يجعل يد الأجير المشترك مؤتمناً.

فصل: فأما المزني فإنه اختار سقوط الضمان، وهو أصح القولين. غير أنه تعلق بما لا حجة فيه، وسنوضح من حكم ما احتج به ما يدل على فساد حجته.

فأول ما ذكره «الحجام يحجم أو يختن» فإن ظهرت منه جناية عن عمد أو خطأ فهو ضامن لما حدث بجنايته، وإن لم تظهر منه جناية فإن حجم أو ختن حراً فلا ضمان عليه. سواء كان الحجام منفرداً أو مشتركاً. لأن الحر في يد نفسه وليست عليه يد، فصار المنفرد والمشترك معه على سواء.

وإن حجم عبداً، فإن كان مع سيده أو في منزل سيده، فلا ضمان على الحجام لأن يد سيده لم تزل عنه، فلم يضمن إلا بالجناية. وإن لم يكن مع سيده ولا منزله، ففي وجوب الضمان قولان، لأن الحجام أجير مشترك.

فصل: وأما الراعي، فإن نسب إلى التعدي بالرعي في مكان مسبع أو جدب أو مخوف، فعليه الضمان. وإن لم ينسب إلى التعدي، نظر: فإن رعى في ملك المالك فهو منفرد ولا ضمان عليه، وإن رعى في غير ما له لكن كان المالك معه، فكذلك لا ضمان عليه. وإن لم يكن معه المالك ولا رعى في ملك المالك، نظر: فإن كان مع غنم جماعة فهو مشترك، وفي ضمانه قولان. وإن لم يكن معه سوى غنمه، فعلى اختلاف أصحابنا: هل يكون في حكم المشترك أو المنفرد؟

فمن جعله كالمنفرد أسقط الضمان عنه، ومن جعله كالمشترك خرجه على قولين.

فصل: وأما البيطار فإن ظهر منه عدوان عمداً أو خطأ ضمن به، وإن لم يظهر منه عدوان، فإن كانت الدابة مع صاحبها أو في منزله لم يضمن، وإن كانت مع البيطار في جملة غيرها فعلى قولين. وإن كانت معه مفردة وحدها، فعلى اختلاف أصحابنا.

فصل: وأما الأجير لحفظ الدكان، فيؤخذ ما فيه، فلا ضمان عليه لأنه لا يدله على المال، ولأن يد المالك عنه لم تزل.

فأما الحمامي إن تلفت ثياب الناس عنده، فقد اختلف أصحابنا فيما يأخذه من العوض: هل هو ثمن الماء، أو أجرة الحفظ والدخول؟ على وجهين: .

أحدهما: أنه ثمن الماء، ويكون متطوعاً بحفظ الثياب، ومعيراً للسطل. فعلى هذا، لا يضمن الثياب إن تلفت، وله غرم السطل إن هلك.

والوجه الثاني: أن ما يأخذه أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب. فعلى هذا، لا غرم في السطل إن هلك، ويكون في ضمان الثياب كالأجير المشترك. وهكذا حكم الثياب فيما يأخذه.

فصل: وأما الخباز إذا استؤجر لخبز في تنور أو فرن، فاحترق، فإن نسب إلى العدوان في عمله من أحد ثلاثة أوجه يظهر عدوانه فيها: .

أحدها: أن يخبز في شدة حمى التنور والتهابه.

والثاني: أن يخبز في حال سكونه وبرده.

والثالث: أن يطول مكث الخبز في التنور عن حده فيلزمه الضمان.

وإن لم يظهر منه عدوان بأحد هذه الوجوه، فإن كان الخبز مع المالك أو في منزله، فلا ضمان على الخباز. وإن كان في يد الخباز مع غيره، ففي ضمانه قولان.

وإن كان مع الخباز منفرداً، فعلى اختلاف أصحابنا، فلم يكن فيما استشهد به المزني من ذلك دليل لما اختاره من سقوط الضمان.

فأما إن استأجر الرجل حمالاً أو ملاحاً لحمل متاع، فهلك، فإن ظهر منه تعدٍ بالمسير في مسلك مخوف أو زمان مخوف أو تقصير في آلة أو أعوان، ضمن. وإن لم يظهر منه تعدٍ ولا تقصير، فإن كان المالك معه لم يضمن. وإن لم يكن معه، فإن حمل ذلك مع غيره فضمانه على قولين. وإن حمله منفرداً، فعلى اختلاف أصحابنا.

وهكذا لو استأجر الملاح ملاحاً لمد السفينة فهلكت في يده، فإن نسب إلى تعدٍ أو تفريط ضمن، وإن لم ينسب إلى ذلك، فإن كان الملاح حاضراً لم يضمن، وإن كان غائباً فعلى اختلاف أصحابنا: هل يكون منفرداً أو مشتركاً، وعلى قياس هذا يكون جميع نظائره.

فصل: فأما الوكيل، فإن كان متطوعاً فلا أجرة ولا ضمان عليه إلا بالعدوان، وإن كان بأجرة فعلى ثلاثة أقسام.

أحدها: أن يكون موكلاً في اقتضاء ديون، فلا ضمان عليه فيما قبضه منها، لأن العمل الذي استؤجر عليه هو الاقضاء وحده، والقبض مأذون فيه. ألا ترى أنه يستحق أجرته إذا اقتضى، وإن لم يقبض؟

والقسم الثاني: أن يوكل في بيع متاع، فيكون أجيراً في البيع، ومأذوناً له في قبض الثمن. فإن تلف الثمن لم يضمنه، وإن تلف المتاع، فإن كان منفرداً لم يضمنه، وإن كان مشتركاً فعلى قولين.

والقسم الثالث: أن يوكل في شراء متاع فيكون أجيراً في الشراء مأذوناً له في قبض المتاع، فإن تلف المتاع لم يضمنه، وإن تلف الثمن فعلى قولين.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ اكْتَرَى دَابَّةً فَضَرَبَهَا أَوْ كَبَحَهَا بِاللِّجَامِ فَمَاتَتْ، فَإِنْ كَانَ مَا فَعَلَ مِنْ ذَلِكَ مَا يَفْعَلُ العَامَّةُ فَلاَ شَيْءَ عَلَيهِ، وَإِنْ فَعَلَ مَا لا يَفْعَلُ العَامَّةُ ضَمِنَ)(١).

قال الماوردي: وهذا كما قال. لا يجوز لمستأجر الدابة أن يضربها عند تقصير المسير ضرب استصلاح لا يخرج به عن عادة الناس، وكذلك كبحها باللجام، وركضها بالرجل: فإن فعل فتلفت، لم يضمن إلا أن يتجاوز عرف الناس فيضمن.

وقال أبو حنيفة: ليس لمستأجر الدابة أن يضربها ما لم يأذن له المالك في ضربها، فإن ضربها ضمن.

والدليل على إباحة ضربها ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «اضْرِبُوهَا عَلَى العِثَارِ وَلاَ تَضْرِبُوهَا عَلَى النِّفَارِ»(٢) يعني: أنها في العثار ساهية، فالضرب يوقظها. وفي النفار: تزداد بالضرب نفوراً، فكان ذلك على عمومه.

وروى جابر بن عبد الله قال: سَافَرْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَطَلَعَ بَعِيرِي، فَاشْتَرَاهُ مِنِّي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِأَرْبَعَةِ دَنَانِير، وَحَمَلَنِي عَلَيهِ إِلَى المَدِينَةِ فَكَانَ يَسُوقُهُ وَأَنَا رَاكِبُهُ، وَإِنَّهُ لَيَضْرِبُهُ بِالعَصَا»(٣) ولأن له أن يفعل ما يتوصل به إلى استيفاء حقه إذا كان معهوداً، فإذا لم يتوصل

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٧.

(٢) نسبه صاحب موسوعة أطراف الحديث إلى ابن عدي في الكامل ٤/ ١٦٤٢ وميزان الاعتدال: ٤١٣٤.

(٣) حديث جابر: سبق تخريجه.

إلى استيفاء المسير إلا بالضرب فذلك مباح. فعلى هذا، لا ضمان عليه قولاً واحداً إذا لم يتعد، لأنه ليس بأجير وإنما هو مستأجر.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَأَمَّا الرُّوَّاضُ فَإِنَّ شَأْنَهُمْ اسْتِصْلاَحُ الدَّوَابِّ وَحَمْلُهَا عَلَى السَّيرِ وَالعمَلُ عَلَيهَا بِالضَّرْبِ عَلَى أَكْثَرِ مِمَّا يَفْعَلُ الرَّاكِبُ غيرَهُمْ، فَإِنْ فَعَلَ مِنْ ذَلِكَ مَمَا يَرَاهُ الرُّوَّاضُ صَلاَحاً بِلاَ إِعْنَاتٍ بَيِّنٍ لَمْ يَضْمَنْ، فَإِنْ فَعَلَ خِلاَفَ ذَلِكَ فَهُوَ مُتَعَدٍ وَضَمِنَ)[١].

قال الماوردي: إعلمْ أن ما يستبيحه الرائض من ضرب الدابة فهو أكثر مما يستبيحه الراكب، لأن الرائض يحتاج إلى زيادة ضرب في تذليل الدابة، واستصلاحها لا يحتاج الراكب إليه، لأن الدابة عند التذليل أنفر منها عند المسير.

فلو تجاوز الراكب ضرب الركاب إلى ضرب الرائض، ضمن لتعديه، وإن لم يكن الرائض فيه متعدياً. وإذا كان كذلك، فإنْ تجاوز الرائض عادة الرواض صار متعدياً، ولزمه الضمان. وإن لم يتجاوز عادة الرواض، صار غير متعدٍ ولم يلزمه الضمان.

فإن راضها في يد صاحبها لم يضمن، وإن راضها في غير يده ولا معه، ضمن. فإن راضها مع غيره، ففي ضمانه قولان. وإن كان منفرداً بها، فعلى اختلاف أصحابنا، فصار الراكب بخلاف الرائض من وجهين:

أحدهما: قدر الضرب الذي يستبيحه كل واحد منهما.

والثاني: الضمان. لأن الراكب مستأجر لا يلزمه الضمان إلا بالعدوان، والرائض أجير، وفي ضمانه إذا كان مشتركاً قولان، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالرَّاعِي إِذَا فَعَلَ مَا لِلرُّعَاة فَعَلَهُ مِمَّا فِيهِ صَلاَحٌ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ فَعَلَ غيرَ ذَلِكَ ضَمِنَ. (قَالَ المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: وَهَذَا يَقْضِي لأَحَدِ قَوْلَيهِ بِطَرْحِ الضَّمَانِ كَمَا وَصَفْتُ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ)[٢].

قال الماوردي: قد ذكرنا حكم الراعي في انفراده واشتراكه، وأنه كغيره من الأجراء في وجوب الضمان عليه بالتعدي، وسقوطه عنه بالانفراد، واختلاف قوليه في الاشتراك. وليس تفريع الشافعي على أحد القولين إبطالاً للقول الآخر، فيصح احتجاج المزني. وإنما

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٧.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢٧.

يدل على أنه أرجح القولين في نفسه، وهذا صحيح من مذهبه. بل قد قال الشافعي: لولا خوفي من خيانة الأجراء، لقطعت القول بسقوط الضمان عنهم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَكْرَى حَمْلَ مكيلَةٍ وَمَا زَادَ فَبِحِسَابِهِ فَهُوَ المَكِيلَةُ جائِز، وَفِي الزَّائِدِ فَاسِدٌ وَلَهُ أَجْرَة مثله)[1].

قال الماوردي: إن لتصوير هذه المسألة وحمل الجواب عليها، مقدمة وهي في البيع والإجارة سواء.

فإذا استأجر لحمل صبرة إلى بلد مسمى بمائة درهم، والصبرة مشاهدة، وهما لا يعلمان مبلغ كيلها، جاز كما لو قال: بعتكها بمائة. ولا يضر الجهل بتقسيط الأجرة على أجزاء الصبرة، كما لا يؤثر في البيع، لأن جملة الأجرة معلومة.

ولو قال: قد استأجرتك لحملها كل قفيز بدرهم، جاز وإن جهلا في الحال مبلغ جميع الأجرة، لأن أجرة الأجزاء معلومة تفضي إلى العلم بجميع الأجرة. كما لو قال: بعتها كل قفيز بدرهم.

ولو قال: استأجرتك لحمل هذه الصبرة قفيزاً منها بدرهم وما زاد فبحسابه، جاز أيضاً لأنه قد عقد على الجملة وذكر أجرة قفيز منها تسعيراً لجميعها وتكون في حكم المسألة الثانية، وإن اختلف اللفظ فيهما.

وهكذا لو قال مثل ذلك في البيع، وسواء أخرج الزيادة مخرج الشرط فقال: عليّ أن ما زاد فبحسابه، أو لم يقل، فهذه ثلاث مسائل لا يختلف الجواب فيها.

فأما مسألة الكتاب فقد قال الشافعي: «ولو اكترى حمل مكيلة ومازاد فبحسابه فهو في المكيلة جائز وفي الزيادة فاسد» فاختلف أصحابنا في صورتها:

فقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة: صورتها: أن يستأجره لحمل عشرة أقفزة حاضرة، بعشرة دراهم، وبحمل ما حضر بعد ذلك من طعام له غائب بحساب ذلك، فتصحّ الاجارة في العشرة الأقفزة الحاضرة، وتبطل في الزيادة الغائبة، لأنها قد تحضر أو لا تحضر، وقد تقلّ وتكثر. وهكذا في البيع أيضاً. ولو أخرج ذلك مخرج الشرط فقال: على أن تحمل ما زاد بحسبابه، بطلت الاجارة في الحاضر والمستقبل.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٧.

وقال آخرون من أصحابنا: بل صورتها في صبرة حاضرة يعلم إن فيها عشرة أقفزة المعلومة بعشرة دراهم ويشك في الزيادة عليها، فيستأجره لحمل العشرة الأقفزة المعلومة بعشرة دراهم والزيادة المشكوك فيها بحساب ذلك، فتصح الإجارة في العشر للعلم بها، وتبطل في الزيادة للشك فيها. لأن المعقود عليه شيء وقع الشك في وجوده، فبطل العقد فيه، كما لو كان له في منزله طعام يشك في بقائه أو أكل عياله له، فاستأجر لحمله، كان فاسداً.

فعلى هذا، لو جعل الإجارة في الزيادة المشكوك فيها شرطاً في العشرة المعلومة فقال: على أن ما زاد فبحسابه، بطلت الإجازة في الجميع.

وقال آخرون من أصحابنا: بل صورتها في صبرة حاضرة يعلم أنها تزيد على عشرة أقفزة، فيستأجر لعشرة أقفزة منها بعشرة دراهم، وما زاد فبحسابه، فتبطل الإجارة في الزيادة، وإن صحت في العشرة لأنها لم تدخل في العقد، لأن الإجارة لم تعقد على جميع الصبرة وإنما عقدت على عشرة أقفزة منها، وأضيف إلى العقد زيادة لم تدخل فيه، فلذلك لم يصح العقد فيها.

ولو جعل الزيادة شرطاً في العقد فقال: على أن ما زاد فبحسابه، بطلت الإجارة في الجميع، وله إن حمل شيئاً أجرة مثله، وهذه الطريقة في تصوير المسألة أشبه الطرق بلفظ الشافعي، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ، حَمَلَ مِكْيَلَةً فَوُجِدَتْ زَائِدَةً، فَلَهُ أَجْرُ مَا حَمَلَ مِنْ الزِّيَادَةِ. وَإِنْ كَانَ الحِمَّالُ هُوَ الكَيَّالَ، فَلَا كِرَاءَ لَهُ فِي الزِّيَادَةِ، وَلِصَاحِبِهِ الخِيَارُ فِي أَخْذِ الزِّيَادَةِ فِي مَوْضِعِهِ أَوْ يَضْمَنُ قَمْحَهُ بِبَلَدِهِ)[1].

قال الماوردي: وصورتها في رجل اكترى من جمال حمل عشرة أقفزة من صبرة طعام من البصرة إلى الكوفة بدينار، فحملها ووجد قدرها بخلاف ما شرط، ففي المسألة فصلان:

أحدهما: ذكره الشافعي، وهو أن يوجد ذلك زائداً.

والثاني: لم يذكره الشافعي، وهو أن يوجد ذلك ناقصاً.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٨.

فأما الفصل الأول: وهو أن يوجد الطعام زائداً على العشرة. فإن كانت الزيادة يسيرة قد تكون بين المكاييل، فلا اعتبار بها، ويأخذها رب الطعام، ولا أجرة للجمال فيها. وإن كانت الزيادة كثيرة لا تكون بين المكاييل، مثل أن تكال العشرة فوجدت خمسة عشر قفيزاً، فينظر في مكيال مثلها بالبصرة، فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون رب الطعام.

والثاني: أن يكون الجمال.

والثالث: أن يكون أجنبياً.

فإن كان الكيال رب الطعام، أخذ طعامه ولزمه الأجرة المسماة في العشرة، وأجرة المثل في الزيادة. فإن تلف البعير لم يخل، أن يكون: مع الجمال، أو مع رب الطعام، أو مع أجنبي.

فإن كان مع رب الطعام ضمن جميع قيمته، لأنه قد جمع بين ضمان الجناية والعدوان. وإن كان مع الجمال فقد تفرد بضمان الجناية وحدها، فلم يلزم جميع القيمة لحدوث التلف من مباح ومحظور، وفي قدر ما يلزمه قولان من اختلاف قوليه في الجلاد:

أحدهما: يلزمه نصف القيمة.

والثاني: يلزمه ثلث القيمة لأن الزيادة ثلث الجملة.

وإن كان مع أجنبي، نظر فيه: فإن ناب عن الجمال فهو كان لو كان بيد الجمال، وإن ناب عن رب الطعام فهو كان لو كان بيد رب الطعام.

فصل: وإن كان الكيال هو الجمال، فلا أجرة له في الزيادة، ويأخذ المسمى في العشرة، ولا رجوع له بقدر البعير إن تلف، سواء كان بيده أو بيد رب الطعام، لأنه الجاني على ماله. ثم ينظر في الخمسة الزائدة فلربها، والجمال فيها أربعة أحوال:

حال: يتفقان على أن يأخذ ربها، فيجوز.

وحال: يتفقان على تضمين الجمال لها ليرد مثلها بالبصرة، فيجوز.

وحال: يتفقان على ردها بعينها أي: البصرة فيجوز.

وحال: يختلفان، فيدعو ربها إلى ردها بعينها إلى البصرة، ويدعو الجمال إلى تضمينها له ليرد مثلها بالبصرة ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أن القول قول رب الطعام وله أن يأخذ الجمال بردها إلى البصرة بعينها كالغاصب.

والوجه الثاني: أن القول قول الجمال ويأخذ الزيادة مضمونة ليرد مثلها بالبصرة إلا أن يشاء رب الطعام أن يأخذها بالكوفة لأن الزيادة لما اتصلت فارقت حكم الغصب وصارت كالغرس. فإن كان المحمول مما لا مثل له من دقيق أو سويق لزم الجمال رد الزيادة بعينها إلى البصرة في الوجهين معاً. فلو هلك الطعام قبل وصوله إلى ربه ضمن الجمال الخمسة الزائدة لأنه صار متعدياً بها دون العشرة التي لا عدوان فيها.

فإن قيل: فهلا صار ضامناً لجميع ذلك لاختلاط ما تعدى فيه بغيره كمن تعدى في درهم من دراهم عنده ودفعه ثم رد الدرهم منها واختلط بها صار ضامناً لجميعها. قيل: الفرق بينهما أن الدراهم لما تعين بالتعدي جاز إذا اختلط بغيره أن يصير ضامناً لغيره لا لجميعه والزيادة التي تعدى فيها من الطعام مشاعة فيما لم يتعد فيه فلم يضمن إلا السهم الشائع بالتعدي. فلو اختلفا في الزيادة فادعاها كل واحد من رب الطعام والجمال فالقول فيها قول من يده عليها فإن كانت في يد رب الطعام فالقول قوله مع يمينه، وإن كانت في يد الجمال فالقول قوله مع يمينه ويصير ضامناً لجميع الطعام إن هلك قبل وصوله إلى ربه. لأنه بادعاء الزيادة قد صار مقراً بالتعدي في خلطهما فعلى هذا لو اختلف مستأجر الدار ومالكها في قماشها فالقول قول المستأجر.

ولو اختلفا في الأبواب فالقول قول المؤجر لأن يد المستأجر على القماش ويد المالك على الأبواب.

فصل: وإن كان الكيال أجنبياً فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: إن يكون بعد كيل الطعام قد حمله على البعير وسار معه فيضمن الجمال ما كان يضمنه رب الطعام لو كان هو الكيال وأجرة مثل الزيادة وقيمة البعير إن هلك. ويضمن لرب الطعام ما كان يضمنه الجمال لو كان هو الكيال من عوض الزيادة حتى يصل إليه وتخييره بين قبضها منه أو تضمينه إياها وأخذ مثلها منه، فإن أراد رد عينها كان على الوجهين:

والقسم الثاني: أن يكون بعد كيل الطعام قد حمله على البعير ولم يسر معه، فيضمن

لرب الطعام ما كان يضمنه لو سار معه. ويضمن للجمال أجرة الزيادة، وفي قدر ما يضمنه من قيمة البعير إن تلف قولان على ما مضى.

والقسم الثالث: أن يكيل الطعام ولا يحمله ولا يسير معه، فلا يضمن للجمال شيئاً، لا من أجرة الزيادة ولا من قيمة البعير، لأنه لم يفعل في الجمل ما يتعلق به ضمان.

وأما ضمان الطعام لربه، فإن كان عند كيله لم يخرجه من حرزه فلا ضمان عليه لرب الطعام أيضاً، لأن يد مالكه لم تزل عنه بفعله. وإن أخرجه من حرزه ضمنه بالغرم إن تلف، ولم يضمنه بالرد إلى البلد الذي حمل منه، لأن غيره حمله. فهذا حكم الزيادة.

فصل: وأما النقصان، فإن كان يسيراً قد يكون مثله بين المكاييل فلا اعتبار به، ويأخذه ربه ناقصاً، ولا رجوع له بغرم النقص، ولا بأجرته.

وإن كان النقصان كثيراً مثل أن يوجد العشرة الأقفزة سبعة، فلا يخلو حال ربه والجمال من أربعة أقسام:

أحدها: أن يتفقا على أنه نقصان لم يحمل.

والثاني: أن يتفقا على أنه نقصان قد هلك بعد أن حمل.

والثالث: أن يدعي ربه أنه نقصان لم يحمل، ويدعي الجمال أنه نقصان قد هلك بعد أن حمل.

والرابع: أن يدعي ربه أنه نقصان قد هلك بعد أن حمل، ويدعي الجمال أنه نقصان لم يحمل.

فأما القسم الأول وهو أن يتفقا على أنه نقصان لم يحمل له، فينظر في الكيال: فإن كان هو الجمال أو أجنبي، فأجرة النقصان مضمونة على الجمال، وربه بالخيار بين: أن يأخذها منه فتنفسخ الإجارة في النقصان، وبين أن يأخذه بحملها فتكون الإجارة باقية فيه.

وإن كان الكيال هو رب الطعام، نظر: فإن قصد بذلك مسامحة الجمال فلا رجوع له على الجمال بحمل النقصان ولا بأجرته. وإن قال: سهوت، فله الرجوع بما شاء من حمل النقصان أو أجرته. فإن اختلفا، فادعى الجمال أن رب الطعام قصد بالنقصان المسامحة، وادعى رب الطعام أنه فعل ذلك سهواً، فالقول فيه قول رب الطعام مع يمينه، لأن قصده لا يعرف إلا من جهته.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يتفقا على أنه نقصان قد هلك بعد أن حمل، فلا يخلو أن يهلك ذلك بتعدي الجمال أو غير تعديه. فإن هلك بتعدي الجمال، فهو ضامن له؛ وله الأجرة إن كان منفرداً، ولا أجرة له فيما هلك إن كان مشتركاً وإن هلك بغير تعديه، نظر في الطعام: فإن كان مع ربه أو معه ومع الجمال، فلا ضمان على الجمال وله الأجرة. وإن كان مع الجمال وحده، فهو الأجير المشترك، ولا أجرة له في النقصان، وهل له عليه ضمانه أم لا؟ على قولين. وليس لرب الطعام أن يكلفه حمل النقصان، لأنه قد حمله.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يدعي ربه أنه نقصان لم يحمل، ويدعي الجمال أنه نقصان قد هلك بعد أن حمل، فالقول فيه قول ربه مع يمينه أنه لم يحمل لأنه منكر لما يدعيه الجمال من الحمل، ثم هو بالخيار بين: أن يرجع بأجرة النقصان، أو بحمله.

فصل: وأما القسم الرابع: وهو أن يدعي ربه أنه نقصان قد هلك بعد أن حمل ليرجع على الجمال بغرمه، ويدعي الجمال أنه نقصان لم يحمل، فالقول فيه قول الجمال مع يمينه لأنه منكر لما يدعيه رب الطعام من الغرم، ولا رجوع لرب الطعام عليه بأجرة ولا حمل، لأنه بادعاء التلف مقر باستيفاء حقه من الحمل. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمُعَلِّمُ الْكِتَابِ وَالآدَمِيِّينَ مُخَالِفٌ لِرَاعِي الْبَهَائِمِ وَصُنَّاعِ الأَعْمَالِ، لأَنَّ الآدَمِيِّينَ يُؤَدَّبُونَ بِالْكَلَامِ فَيَتَعَلَّمُونَ، وَلَيْسَ هَكَذَا مُؤَدِّبُ الْبَهَائِمِ. فَإِذَا ضَرَبَ أَحَداً مِنَ الآدَمِيِّينَ لاسْتِصْلَاحِ الْمَضْرُوبِ أَوْ غَيْرِ اسْتِصْلَاحِهِ، فَتَلَفَ، كَانَتْ فِيهِ دِيَةٌ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَالْكَفَّارَةُ فِي مَالِهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. يجوز لمعلم الصبيان أن يؤدبهم بالضرب استصلاحاً لهم. وهكذا الأب في ولده، والزوج عند نشوز امرأته. فإن تعدى أحد هؤلاء في الضرب إلى أن خرج فيه إلى حد التلف، فهو قاتل عمداً يجب عليه القود، إلا الوالد في ولده فتلزمه الدية دون القود. ولم يتجاوز واحد الاستصلاح، فحدث منه التلف فلا قود، لأنه خطأ شبه العمد، والضارب ضامن لدية المضروب على عاقلته، والكفارة في ماله.

وقال أبو حنيفة: إذا ضرب المعلم الصبي بأمر أبيه لم يضمن، ولو ضربه الأب بنفسه ضمن.

(١) مختصر المزني: ص ١٢٨.

وقال أبو يوسف ومحمد: الأب لا يضمن، والمعلم يضمن.

وهذا أولى من قول أبي حنيفة، وإن كان كلا القولين فاسداً لاتفاقهم على أن الزوج يضمن ما حدث من استصلاح زوجته بالضرب المباح، وكذلك الأب والمعلم.

فإن قيل: فلم ضمن من هو مباح الضرب، وما حدث عن المباح صار كالرائض لا يضمن الدابة إذا ضربها؟

قيل: المباح من ضرب الآدميين في استصلاحهم ما لم يفض إلى التلف، فإذا أفضى إلى التلف صار غير مباح.

والفرق بينه وبين رائض البهائم: ما ذكره الشافعي أن الآدميين قد يؤدبون بالكلام فكان له الى استصلاحهم سبيل بغير الضرب، فلذلك لزم الضمان إن حدث من ضربهم تلف. والبهائم لا سبيل إلى استصلاحها إلا بالضرب، فلم يجد الرائض إلى تركه سبيلاً فلم يضمن.

مسألة: **قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالتَّعْزِيرُ لَيْسَ بِحَدٍّ يَجِبُ بِكُلِّ حَالٍ، وَقَدْ يَجُوزُ تَرْكُهُ، وَلاَ يَأْثَمُ مِنْ تَرْكِهِ. قَدْ فَعَلَ غَيْر شَيْءٍ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ غَيْرَ حَدٍّ فَلَمْ يُضْرِبْ فِيهِ. مِنْ ذَلِكَ الْغُلُولُ وَغَيْرُهُ، وَلَمْ يُؤْتَ بِحَادٍ قَطُّ فَعَفَاهُ، وَبَعَثَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَى امْرَأَةٍ فِي شَيْءٍ بَلَغَهُ عَنْهَا فَأَسْقَطَتْ، فَقِيلَ لَهُ: إِنَّكَ مُؤَدِّبٌ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إِنْ كَانَ اجْتَهَدَ فَقَدْ أَخْطَأَ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَجْتَهِدْ فَقَدْ غَشَّ عَلَيْكَ الدِّيَةَ، فَقَالَ عُمَرُ: عَزَمْتُ عَلَيْكَ أَنْ لاَ تَجْلِسَ حَتَّى تَضْرِبَهَا عَلَى قَوْمِكَ. فَبِهَذَا قُلْنَا: خَطَأُ الإِمَامِ عَلَى عَاقِلَتِهِ دُونَ بَيْتِ الْمَالِ)**[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. تعزير الإمام لمستحق التعزير مباح وليس بواجب، فإن حدث عنه تلف كان مضموناً.

وقال أبو حنيفة: التعزير واجب لا يضمن ما حدث عنه، لقوله ﷺ **«جَنْبُ الْمُؤْمِنِ حِمًى»**[2] فلم يجز استباحة ما حظر منه بما ليس بواجب.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٨.

(٢) أخرجه البخاري تعليقاً باب: ظهر المؤمن حمى إلا في حدّ أو حق، فتح الباري ١٢/ ٨٥ وقال ابن حجر: أي لا يضرب ولا يذل إلا على سبيل الحدّ والتعزير تأديباً. وقال: وهذه الترجمة لفظ حديث أخرجه أبو الشيخ في كتاب السرقة من حديث عائشة مرفوعاً «ظهور المسلمين إلا في حدّ من حدود الله» وفي إسناده =

قال: ولأنه انتهاك عرض محظور، فاقتضى أن يكون واجباً كالحدود.

ودليلنا: عفو النبي ﷺ عن كثير من مستحقيه، ولم يعف عن واجب من الحدود. وقال حين سئل العفو عن حد: «لَا عَفَا اللَّهُ عَنِّي إِنْ عَفَوْتُ» فما عفا عنه من التعزير أنه أتى. وقد حظر الغلول برجل قد غل من الغنيمة فلم يعزره، وقال له رجل و هو يقسم الصدقات: اعدلْ يا رسول الله، فَتَمَعَّرَ وَجْهُهُ وقال: «ثكلتك أمك إذا لم أعدل فمن يعدل» ولم يعزره وفيه أنزل الله سبحانه: ﴿وَمِنْهُمْ مَنْ يَلْمِزُكَ فِي الصَّدَقَاتِ﴾[1]. وتنازع الزبير بن العوام ورجل من الأنصار شِرباً فقال النبي ﷺ: «اسْقِ يَا زُبَيْرُ ثُمَّ أَرْسِلْ إِلَى جَارِكَ». فقال الأنصاري: «إنه ابن عمتك» فنسبه إلى الميل والتحيف، فلم يعزره وفيه أنزل الله سبحانه: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾[2]، ففارق بعفوه عن التعزير ما حظره من العفو عن الحدود، فدل على افتراقهما في الوجوب. ولأنه ضرب غير محدود الطرفين، فلم يكن واجباً كضرب المعلم والزوج.

وأما الجواب عن قوله ﷺ «جُنُبُ الْمُؤْمِنِ حمًى» فهو أن الاستدلال به على إسقاط الوجوب أصح، لأنه أبلغ في حمى جنبه من وجوبه.

وأما القياس فباطل بضرب الزوج، ثم المعنى في الحد: أنه لما لم يصح العفو عنه وجب.

فصل: فإذا ثبت أن التعزير ليس بواجب فحدث عنه التلف، فالإمام ضامن له.

وقال مالك، وأبو حنيفة: لا ضمان، استدلالاً بأن زواجر الإمام غير مضمونة عليه كالحدود.

ودليلنا: ما روي أن عمر رضي الله عنه بَعَثَ إِلَى امْرَأَةٍ فِي شَيْءٍ بَلَغَهُ عَنْهَا رَسُولاً

= محمد بن عبد العزيز، وهو ضعيف. وأخرجه الطبراني من حديث عصمة بن مالك الخطمي بلفظ: ظهر المؤمن حمى إلا بحقّه. وفي سنده: الفضل بن المختار وهو ضعيف.

(١) سورة التوبة، الآية: ٥٨ وتفسير الطبري ١٠/١٥٦ ـ ١٥٧ وحديث جابر: وبلفظ «ويلك إذا لم أعدل فمن يعدل؟ فقال عمر: دعني يا رسول الله أضرب عنقه...».

أخرجه مسلم في الزكاة (١٠٦٣) وابن ماجة (١٧٢) والبيهقي في الدلائل ٥/١٨٦.

(٢) سورة النساء، الآية: ٦٥. والحديث أخرجه البخاري في المساقاة (٢٣٥٩) و (٢٣٦٠) و (٢٣٦١) و (٢٣٦٢) و ٢٧٠٨) والتفسير (٤٥٨٥) ومسلم في الفضائل (٢٣٥٧) وأبو داود (٣٦٣٧) والترمذي (١٣٦٣) والنسائي ٨/ ٢٤٥ وابن ماجة (١٥) و (٢٤٨٠) والبيهقي ٦/ ١٥٣ وأحمد ٤/ ٤ ـ ٥.

فَأَسْقَطَتْ. فَقَالَ لِعُثْمَانَ وَعَبْدِ الرَّحْمَنِ: مَا تَقُولاَنِ؟ فَقَالاَ: لا شَيْءَ عَلَيْكَ، وَإِنَّمَا أَنْتَ مُؤَدِّبٌ فَأَقْبَلَ عَلَى عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلاَمُ فَقَالَ: مَا تَقُولُ؟ فَقَالَ إِنْ كَانَا مَا اجْتَهَدَا فَقَدْ غَشَّا، وَإِنْ كَانَا قَدِ اجْتَهَدَا فَقَدْ أَخطآ عَلَيْكَ الدِّيَةُ، فَقَالَ: عَزَمْتُ عَلَيْكَ لاَ تَبْرَحْ حَتَّى تَضْرِبَهَا عَلَى قَوْمِكَ، يَعْنِي: عَلَى قُرَيْشٍ لأَنَّهُمْ عَاقِلَتُهُ»[1].

وروي عن علي عليه السلام أنه قال: «مَا أَحَدٌ أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ فَيَمُوت فَأَجِدُ فِي نَفْسِي مِنْهُ شَيْئاً، الْحَقَ قَتَلَهُ إِلاَّ شَارِبُ الْخَمْرِ، فَإِنَّهُ رَأْيٌ رَأَيْنَاهُ بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَمَنْ مَاتَ مِنْهُ فَدِيَتُهُ عَلَى عَاقِلَةِ الإِمَامِ، أَوْ قَالَ فِي بَيْتِ الْمَالِ»[2] يعني: فيما زاد على الأربعين الذي رآه للمصلحة اختياراً، وتلك الزيادة تعزير.

ولأنه ضرب غير محدود الطرفين على فعل متقدم، فوجب أن يتعلقه به الضمان عند التلف كضرب الزوج والمعلم، ولا يدخل عليه من دفع إنساناً عن نفسه أو ماله، لأنه ليس على فعل متقدم.

فأما الحدود الواجبة، فلا يتعلق بها ضمان لما عليه من استيفائها، وإن الضمان يمنع الإقدام عليها.

فإذا ثبت وجوب الضمان من التعزير، فأن تكون الدية على قولين:

أحدهما: على عاقلة الإمام لحديث عمر، وقوله لعلي: «عزمتُ عليك لا تبرحْ حتى تضربهاعلى قومِكَ» فعلى هذا، تكون الكفارة في ماله.

والقول: أن الدية في بيت المال، لأنه نائب فيه عن كافة المسلمين؛ فاقتضى أن يكون ما حدث عنه من الضمان في بيت مالهم. فعلى هذا، في الكفارة وجهان:

أحدهما: في بيت المال أيضاً.

والثاني: في ماله ويكون، تأويل فعل عمر في تحصيل الدية لعاقلته: أنه لم يكن في بيت المال مال فعاد إلى عاقلته، كما أن من وجبت الدية على عاقلته إذا عدموا جعلت في بيت المال، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي ثَوْبٍ فَقَالَ رَبُّهُ: أَمَرْتُكَ

---

(١) الأثر: أخرجه البيهقي ٦/ ١٢٣.

(٢) حديث علي: أخرجه البيهقي ٦/ ١٢٣ وهو في الصحيحين والسنن. وسيأتي تخريجه في الحدود.

أَنْ تُقَطِّعَهُ قَمِيصاً، وَقَالَ الْخَيَّاطُ: بَلْ قُبَاءً، بَعْدَ أَنْ وَصَفَ قَوْلَ ابْنِ أَبِي لَيْلَى: إِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْخَيَّاطِ لاجْتِمَاعِهِمَا عَلَى الْقَطْعِ، وَقَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ. كَمَا لَوْ دَفَعَهُ إِلَى رَجُلٍ فَقَالَ: رَهْنٌ، وَقَالَ رَبُّهُ: وَدِيعَةٌ. إلى آخر قول المزني[1]. وَلَعَلَّ مِنْ حُجَّتِهِ أَنْ يَقُولَ: وَإِنِ اجْتَمَعَا عَلَى أَنَّهُ أَمَرَهُ بِالْقَطْعِ فَلَمْ يَعْمَلْ لَهُ عَمَلَهُ، كَمَا لَوِ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى حَمْلٍ بِإِجَارَةٍ فَقَالَ: قَدْ حَمَلْتُهُ، لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ لَهُ إِلاَّ بِإِقْرَارِ صَاحِبِهِ. وَهَذَا أَشْبَهُ الْقَوْلَيْنِ، وَكِلاَهُمَا مَدْخُولٌ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: الْقَوْلُ مَا شَبَّهَ الشَّافِعِيُّ بِالْحَقِّ، لأَنَّهُ لاَ خِلاَفَ أَعْلَمُهُ بَيْنَهُمْ أَنَّ مَنْ أَحْدَثَ حَدَثاً فِيمَا لاَ يَمْلِكُهُ، أَنَّهُ مَأْخُوذٌ بِحَدَثِهِ، وَأَنَّ الدَّعْوَى لاَ تَنْفَعُهُ. فَالْخَيَّاطُ مُقِرٌّ بِأَنَّ الثَّوْبَ لِرَبِّهِ، وَأَنَّهُ أَحْدَثَ فِيهِ حَدَثاً وَادَّعَى إِذْنَهُ وَإِجَارَةً عَلَيْهِ، فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى دَعْوَاهُ، وَإِلاَّ خَلَفَ صَاحِبُهُ وَضَمِنَهُ مَا أَحْدَثَ فِي ثَوْبِهِ).

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة، في رجل دفع إلى خياط ثوباً فقطعه الخياط قباء، ثم اختلف ربه والخياط، فقال رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قميصاً فتعديت بقطعه قباء، فعليك الضمان. وقال الخياط: بل أنت أمرتني أن أقطعه قباء، فلا ضمان عليّ، ولي الأجرة.

فإن كان لأحدهما بينة على ما يدعيه عمل عليها وحكم بموجبها، وإن لم يكن لواحد منهما بينة فهي مسألة الكتاب وقد ذكرها الشافعي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، وحكى مذهب ابن أبي ليلى: أن القول قول الخياط ومذهب أبي حنيفة: أن القول قول رب الثوب. قال: وهذا أشبه القولين.

وكلاهما مدخول، فنقل المزني ذلك إلى مختصره هذا، وحكى في جامعه الكبير قولاً ثالثاً: أنهما يتحالفان. وقال الشافعي في كتاب الأجير والمستأجر: إذا دفع إليه ثوباً ليصبغه أحمر، فقال الصباغ: بل أخضر، أنهما يتحالفان. فهذا نقل ما حكاه الشافعي، وقال: من هذا الاختلاف.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٨. وتتمة المسألة: «ولعل من حجته أن يقول وإن اجتمعا على أنه أمره بالقطع فلم يعمل له عمله كما لو استأجره على حمل بإجارة فال قد حملته، لم يكن ذلك له إلا بإقرار صاحبه. وهذا أشبه القولين، وكلاهما مدخول (قال المزني) رحمه الله: القول ما شبه الشافعي بالحق لأنه لا خلاف أعلمه بينهم أن من أحدث حدثاً فيما لا يملكه أنه مأخوذ بحدثه، وأن الدعوى لا تنفعه فالخياط مقر بأن الثوب لربه، وأنه أحدث فيه حدثاً وادعى إذنه وإجارة عليه، فإن أقام بينة على دعواه، وإلا حلف صاحبه وضمنه ما أحدث في ثوبه».

واختلف أصحابنا في ذلك على ثلاث طرق:

إحداها: وهي طريقة ابن سريج، وأبي إسحاق المروزي، وابن علي بن أبي هريرة- وأبي حامد المروزي: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أن القول قول الخياط، وهو مذهب ابن أبي ليلى.

والثاني: أن القول قول رب الثوب، وهو مذهب أبي حنيفة.

وحملوا قول الشافعي: «وكلاهما مدخول» بمعنى محتمل لا يقطع بصحته، لما يعترضه من الشبه التي لا يخلو منها قول مجتهد، ثم مال إلى ترجيح أحدهما لقوته على الآخر، وهو قول أبي حنيفة: أن القول قول رب الثوب. واختاره المزني.

والطريقة الثانية: لأصحابنا، ولعلها طريقة أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل: أن المسألة على ثلاثة أقاويل على ما حكاه المزني في جامعه الكبير، منهما: هذان القولان، والثالث: أنهما يتحالفان.

والطريقة الثالثة: وهي طريقة المتأخرين من أصحابنا، أن المسألة على قول واحد: أنهما يتحالفان. لأنه وإن ذكر قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى، فقد رغب عنهما بقوله: وكلا القولين مدخول، ثم أمسك عن التصريح بمذهبه في هذا الموضع اكتفاء بما تقرر من مذهبه في اختلاف المتعاقدين ومن التخالف، وما صرح به في كتاب الأجير والمستأجر.

فصل: فإذا قيل: بمذهب ابن أبي ليلى أن القول: قول الخياط، فوجهه في المصالح شيئان:

أحدهما: أن العادة جارية بأن الخياط يعمل في الثوب ما أذن له فيه ولا يقصد خلافه، وإن جرى غير ذلك فنادر، فصارت العادة مصدقة لقول الخياط دون رب الثوب.

والثاني: أن الخياط لما صدق على الإذن المبيح لتصرفه صار مؤتمناً، فلم يقبل ادعاء رب الثوب عليه فيما يوجب غرماً، لما في ذلك من الإفضاء إلى أن لا يشاء مستأجر أن يثبت غرماً ويسقط أجراً إلا ادعاء خلافاً. وهذا يدخل على الناس ضرراً، فحسم. فعلى هذا، يحلف الخياط بالله تعالى لقد أمره أن يقطعه قباء، ولا غرم عليه.

واختلف أصحابنا: هل له الأجرة، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إنه لا أجرة له لأن قوله. إنما قبل في سقوط الغرم لأنه منكر، ولم يقبل قوله في الأجرة لأنه فيها مدع.

فعلى هذا، إن كانت الخيوط لرب الثوب، لم يكن للخياط نقض الخياطة لأنها آثار مستهلكة، ويصير الثوب قباء مخيطاً لربه. وإن كانت الخيوط للخياط، فله استرجاعها وضمان ما نقص من الثوب بأخذها، إلا أن يتراضيا على دفع قيمتها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وطائفة: إن له الأجرة لأنه قد صار محكوماً بقبول قوله في الإذن.

فعلى هذا، اختلفوا: هل يستحق المسمى، أو أجرة المثل؟ على وجهين:

أحدهما: المسمى من الأجرة بتحقيق ما حكم به من قبول قوله.

والثاني: أجرة المثل لئلا يصير مقبول القول في العقد.

فصل: وإذا قيل بمذهب أبي حنيفة: إن القول قول رب الثوب، فوجهه في القياس، شيئان:

أحدهما: أنه اختلاف في ملك أحدهما، فكان القول فيه قول المالك. كما لو قال صاحب الثوب: دفعته إليك وديعة، وقال صاحب اليد: بل دفعته إليَّ رهناً، فالقول فيه قول المالك، كذلك هذا.

والثاني: أنهما لو كانا اختلفا في أصل الإذن، كان القول فيه قول رب الثوب دون الخياط، لأن كل من قبل قوله في الاذن قبل قوله في صفة ذلك الاذن، كالوكيل إذا ادعى على موكله الاذن في بيع دار فأنكر، فالقول قول الموكل، كذلك الخياط. ورب الثوب يجب أن يرجع فيه إلى رب الثوب في صفة الاذن، كما يرجع إليه في أصل الاذن. وهذا يدفع قول من اعتبر المصالح.

فعلى هذا، يحلف رب الثوب بالله تعالى ما أمره بقطعه قباء، نفياً لما ادعاه الخياط، ولا يحلف لإثبات ما ادعاه من الاذن في القميص، بخلاف الخياط الذي يكون يمينه لإثبات ما ادعاه من الاذن في القباء. لأن كل واحد منهما يحلف على ما يطالب به، فالخياط يطالب بالأجرة فيحلف على ما ادعى من الاذن في القباء، وتبعه سقوط الضمان. ورب الثوب يطالب بما جناه الخياط، وينكر الأجرة، فيحلف على ما يطالب به من جناية الخياط.

وقال بعض أصحابنا: ينبغي أن يحلف كل واحد منهما على النفي والإثبات، فيحلف الخياط بالله تعالى ما أمره أن يقطعه قميصاً ولقد أمره أن يقطعه قباء، ويحكم له بما ذكرنا.

وإذا جعل القول قول رب الثوب، حلف بالله تعالى ما أمره أن يقطعه قباء، ولقد أمره أن يقطعه قميصاً. وهذا غير صحيح، لأن اليمين الجامعة للنفي والإثبات إنما تكون عند التحالف الذي يصير كل واحد منهما فيه منكراً ومدعياً، فاحتاج أن يجمع بين النفي لما أنكره، والإثبات لما ادعاه، وليس كذلك ها هنا.

فإذا صح ما ذكرنا من أن يمين الخياط على الإثبات، ويمين رب الثوب على النفي، وحلف رب الثوب على هذا القول فلا أجرة للخياط لتعديه في الخياطة، وله استرجاع الخيوط إن كانت له، وليس له استرجاعها إن كانت لرب الثوب، ثم على الخياط الضمان وفيما يضمنه ثلاثة أقاويل:

أحدها: يضمن ما بين قيمته قباء وقميصاً، لأن قطع القميص مأذون فيه. فعلى هذا، إن كانت قيمته قباء مثل قيمته قميصاً أو أكثر، فلا غرم عليه.

والقول الثاني: وهو اختيار أبي إسحاق المروزي: أنه يغرم ما بين قيمته ثوباً صحيحاً وما بين قيمته قباء، لأنه بالعدول عن القميص متعد في ثوب صحيح.

والقول الثالث: وهو اختيار أبي علي بن أبي هريرة: أن ما صلح من القباء للقميص لم يضمنه، وما لم يصلح للقميص ضمن ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً، لاختصاص ذلك بالتعدي.

فصل: وإذا قيل بالصحيح من مذهب الشافعي: أنهما يتحالفان، فوجهه شيئان:

أحدهما: أن اختلافهما في صفة العقد مع اتفاقهما على أصله، فاقتضى أن يتحالفا كالبيع، لأن كل واحد منهما يصير منكراً ومدعياً.

والثاني: أنه لما كانا لو اختلفا والثوب صحيح، فقال ربه: استأجرتك لتخيطه قميصاً. وقال الخياط: بل استأجرتني لأخيطه قباء، لم يعمل على قول واحد منهما وتحالفا عليه، لا يختلف قول الشافعي فيه، وجب إذا اختلفا بعد قطع الثوب أن يتحالفا عليه. لأن ما أوجب التحالف مع بقائه على حاله، أوجب التحالف مع تغير أحواله.

فعلى هذا، يحلف كل واحد منهما على النفي والإثبات، وهل يقتصر كل واحد منهما

على يمين واحدة تجمع بين النفي والإثبات، أو على يمينين: إحداهما للنفي، والأخرى للإثبات؟ على وجهين.

فإذا تحالفا سقط الغرم عن الخياط بيمينه، وسقطت الأجرة عن رب الثوب بيمينه. فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، قضي للحالف سهماً على الناكل. فإن كان الحالف هو الخياط قضي له بالأجرة وسقوط الغرم. وإن كان الحالف هو رب الثوب، قضي له بالغرم على ما مضى وسقوط الأجرة.

فصل: فلو قال رجل لخياط: إن كان يكفيني هذا الثوب قميصاً فاقطعه، فقطعه، فلم يكفه كان ضامناً. ولو قال: أيكفيني هذا الثوب قميصاً؟ فقال: نعم. قال: فاقطعه، فقطعه، فلم يكفيه، لم يضمن. والفرق بينهما: أن اللفظ الأول شرط، والثاني استفهام.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوِ اكْتَرَى دَابَّةً فَحَبَسَهَا قَدْرَ الْمَسِيرِ، فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ. وَإِنْ حَبَسَهَا أَكْثَرَ مِنْ قَدْرِ ذَلِكَ، ضَمِنَ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل استأجر دابة ليركبها شهراً، أو ليركبها من البصرة إلى الكوفة، فأمسكها شهراً أو قدر مسيره من البصرة إلى الكوفة من غير أن يركبها، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يفعل ذلك لعذر مانع من ركوبها.

والثاني: أن يفعل ذلك لغير عذر. فإن فعل ذلك لغير عذر، فقد استوفى ما استحقه بالإجارة وإن لم يركب، وضمن جميع الأجرة.

وقال أبو حنيفة: لا أجرة عليه إذا أمسكها ولم يركبها، إلا أن يركبها متوجهاً إلى سفره، ثم يرجع فيمسكها مقيماً، فتلزمه الأجرة.

وهذا خطأ، لاتفاقنا وإياه على أن من استأجر داراً فتسلمها ولم يسكنها مدة إجارته فيها، فقد استوفى حقه وعليه الأجرة، وكذا الدابة. لأن السكنى والركوب حق له، وليس بحق عليه ولأنه قد فوت منافعها على المؤجر، وسواء كان بركوب أو غير ركوب. فلو تلفت الدابة بيده مع انقضاء المدة لم يضمن، لأنها لو تلفت مع الركوب المضر لم يضمن، فلأن لا يضمن مع الكف عن الركوب أولى. وإن أمسك عن ركوبها لعذر، فهو على ثلاثة أقسام:

(١) مختصر المزني: ص ١٢٨.

أحدها: أن يكون لعذر يعود إلى الدابة.

والثاني: أن يكون لعذر يعود إلى المستأجر.

والثالث: أن يكون لعذر في الطريق.

فإن كان العذر عائداً إلى المستأجر لمرض حابس أو أمر عائق، فقد استوفى حقه وعليه الأجرة. لأن له أن يستوفي ذلك بنفسه وبغيره، فلم يكن عجزه عن استيفاء ذلك بنفسه مانعاً من استيفائه بغيره.

وإن كان العذر عائداً إلى الدابة لمرضها، فلا أجرة على المستأجر لأنه ممنوع من استيفاء حقه بنفسه وبغيره، ثم ينظر في الإجارة فإن كانت على مدة قد انقضت فقد بطلت، وإن كانت إلى مسافة معلومة فهي بحالها.

وإن كان العذر في الطريق من جدب أو خوف، فهو كما لو كان لعذرٍ في الدابة، لكون العذر في الحالين من غير المستأجر، فصار ممنوعاً من استيفاء حقه.

فصل: ولو كان المستأجر بعد انقضاء مدته أمسكها مدة شهر، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون إمساكها لعذر مانع من الرد، فلا ضمان عليه في الرقبة، ولا أجرة عليه فيما بعد المدة.

والضرب الثاني: أن يمسكها لغير عذر، فلا يخلو حاله من أربعة أقسام:

أحدها: أن يطالبه المؤجر بها فيمنعه منها، فهذا غاصب عليه أجرة المثل في مدة حبسها وضمانها إن تلفت.

والقسم الثاني: أن يطالبه المؤجر بها فيستنظره فيها، فينظره مختاراً. فهذا في حكم المستعير يضمن الرقبة ضمان العارية، ولا يضمن الأجرة.

والقسم الثالث: أن يبذلها المستأجر فلا يقبلها المؤجر. فهذا في حكم الوديعة، لا يضمن الرقبة ولا الأجرة إلا أن يركبها فيصير متعدياً فيضمن الأمرين.

والقسم الرابع: أن لا يكون من المستأجر رد ولا من المؤجر طلب، فمذهب الشافعي: أن على المستأجر عند نقض الإجارة أن يخلي بين المؤجر وبينها، وليس عليه ردها بنفسه كالوديعة. فعلى هذا، لا يضمن الرقبة ولا الأجرة ما لم يكن من المؤجر طلب، ومن المستأجر منع، ولا وجه لمن خرج من أصحابنا في الإجارة من الرهن وجهاً آخر: أن

الرد واجب على المستأجر، لأن الرهن يتغلب فيه نفع المرتهن، فجاز أن يكون وجوب رده على وجهين. وفي الإجارة يستويان، فاختص بها المالك لحق الملك.

فعلى هذا الوجه المخرج، يكون المستأجر عند امتناعه من الرد بعد تقضي مدته غاصباً يضمن الرقبة والأجرة.

فلو اختلفا، فقال المؤجر: حبستها مانعاً لها، فعليك الأجرة والضمان. وقال المستأجر: بل بذلتها لك فتركتها عليَّ، فلا أجرة عليَّ ولا ضمان؛ فالقول قول المستأجر مع يمينه في ضمان الرقبة، أنه ما حبسها مانعاً، ولا غرم عليه.

وأما الأجرة، فإن قيل بالصحيح من مذهب الشافعي: أن حق الرد مختص بالمؤجر، فالقول فيه قول المستأجر أيضاً كالضمان، لأن الأصل براءة ذمته منهما.

وإن قيل بالوجه الآخر المخرج: إن حق الرد على المستأجر، فالقول فيه قول المؤجر مع يمينه ما لم يظهر تأدية حقه من الرد.

فصل: وإذا استأجر دابة ليركبها من البصرة إلى بلد مسمى، فلما وصل إليه أراد أن يسير عليها راكباً إلى منزله من ذلك البلد، نظر في ذلك البلد: فإن كان صغيراً تتقارب أقطاره، جاز أن يركبها إلى منزله، كما لو نزل في طريقه منزلاً جاز أن ينزل حيث شاء من أول المنزل وآخره.

وإن كان البلد واسعاً متباعد الأقطار، فليس له إذا وصل إلى البلد أن يركبها إلى منزله إلا بشرط.

وقال أبو حنيفة: له أن يستديم ركوبها إلى منزله بغير شرط، فإن نزل في موضع من البلد ثم قال: أخطأت منزلي من غيره، لم يكن له أن يركبها إلى منزله.

وهذا خطأ، لأنه لو كان ذلك حقاً لو لم ينزل لكان حقاً، وإن نزل فلو شرط المستأجر أن يركبها إلى منزله من البلد. فإن كان المؤجر عارفاً بمكان منزله من البلد، أو لم يعرفه فسماه له، جاز. وإن لم يعرفه ولا سمّى له، فالاجارة فاسدة.

فصل: وإذا استأجر بعيراً إلى مكة، لم يكن له إذا وصل إليها أن يحج عليه. ولو استأجره ليحج عليه، كان له بعد وصوله إلى مكة أن يركبه إلى منى، ثم إلى عرفة. ثم يركبه من عرفة إلى مزدلفة، ثم إلى منى، ثم من منى إلى مكة لطواف الإفاضة، ثم اختلف أصحابنا: هل له أن يركبه من مكة عائداً الى منى ليبيت بها ويرمي أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له ذاك، لأنه من بقايا الحج.

والثاني: ليس له ذاك، لإحلاله من الحج.

فصل: وإذا تعادل رجلان على بعير استأجراه، فارتدف معهما ثالث ركب بغير أمرهما، لزمه أجر المثل لمالكه دون مستأجريه، ولزمه ضمان البعير إن تلف، وفي قدر ما يلزمه من قيمته ثلاثة مذاهب:

أحدها: النصف اعتباراً بجنس الاباحة والحظر.

والثاني: الثلث اعتباراً بأعدادهم دون وزنهم، وهو قول أبي حنيفة، لأن الرجال لا يوزنون.

والثالث: بقدر ثقله من ثقل الجماعة تقسيطاً على وزنهم، لأن الرجال لا يوزنون فيما لا يعتبر فيه الثقل والخفة والحمل مما يعتبر ذلك فيه تقسيط الأجرة عليه، فجاز أن يوزنوا، وإن كانوا رجالاً.

ولو كان الراكبان أذنا للرديف أن يركب معهما، ضمنوا جميعاً، أعني: المستأجرين والرديف، البعير تلف لتعدي الراكبين بالاذن، وتعدي الرديف بالركوب، ورب البعير بالخيار في الرجوع على أيهم شاء. فإن رجع على الرديف رجع عليه بما ذكرنا من المذاهب الثلاثة، وإن رجع على أحد الراكبين، نظر: فإن كان البعير مع الجمال ففي قدر ما يضمنه ثلاثة مذاهب كالرديف، ويرجع بها الغارم على الرديف بعد غرمها. وإن كان البعير معهما دون الجمال، ضمنهما جميع القيمة في البعير، ولم يرجع الغارم منهما على الرديف بعد غرمها إلا بقدر ما كان يلزم الرديف منها على المذاهب الثلاثة.

فصل: وإذا استأجر طحاناً ليطحن له عشرة أقفزة بقفيز منها مطحوناً، لم يجز لأنه جعل المعقود عليه معقوداً به. وقد روي عن النبي ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنْ قَفِيزِ الطَّحَّانِ»[1] يعني به: ما اكتراه.

ولكن لو استأجر لطحن تسعة أقفزة بالقفيز العاشر منها، جاز لأنه جعل تسعة أعشاره معقوداً عليه، وعشره معقوداً به.

---

(١) حديث أبي سعيد: أخرجه الدارقطني ٣/ ٤٧.

فصل: وإذا دفع الرجل ثوبه إلى غسال فغسله، أو إلى قصار فقصره، أو إلى خياط فخاطه، فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يذكر له أجرة معلومة.

والثاني: أن يذكر له أجرة مجهولة.

والثالث: أن يذكر له أجرة.

فإن ذكر له أجرة معلومة كقوله: اغسل هذا الثوب بدرهم، فهذه إجارة صحيحة، وللغسال الدرهم المسمى.

وإن ذكر له أجرة مجهولة، كقوله: اغسله لأرضيك، أو لأقاطعك، أو لأعطيك ما شئت، فهذه إجارة فاسدة، وللغسال أجرة مثله لأنه لم يبذل عمله إلا في مقابلة عوض.

وإن لم يذكر له أجرة معلومة ولا مجهولة، مثل أن يعطيه لغسال فيغسله من غير أن يذكر له أجراً صحيحاً ولا فاسداً، قال الشافعي: فلا أجرة له، لأنه صار باذلاً لعمله غير بدل فلم يستحق عليه أجراً، كما لو بذل طعامه على غير بدل لم يستحق عليه ثمناً. ولأنه لو قال: أسكني دارك شهراً، فأسكنه لم يستحق عليه أجراً. فكذلك إذا قال: أغسلْ ثوبي فغسله.

وقال أبو إبراهيم المزني: له الأجرة، لأن رب الثوب قد صار مستهلكاً لعمله في ملكه فصار كالغاصب، وهذا يفسد بباذل الطعام ودافع الدار.

أبو اسحاق المروزي: إن كان رب الثوب سأل الغسال مبتدئاً فقال: اغسل ثوبي هذا، فله الأجرة، وإن كان الغسال طلبه مبتدئاً من ربه فقال: أعطني ثوبك لأغسله، فلا أجرة له.

وقال أبو العباس بن سريج: إن كان الغسال معروفاً أن يغسل بأجر فله الأجرة، وإن كان غير معروف بذلك فلا أجرة له.

وكل هذه المذاهب فاسدة بباذل الطعام ودافع الدار، حيث لم يقع الفرق بين أن يكون سائلاً أو مسؤولاً ومعروفاً بالمعاوضة، أو غير معروف.

فصل: فأما إذا نزل رجل في سفينة ملاح من غير إذنه، فحمله فيها إلى بلد، فله أجر مثله لأن الراكب صار مستهلكاً لمنفعة موضعه من السفينة على مالكها، فضمن الأجرة، وهكذا الجمال.

وإن نزل فيها عن إذنه من غير ذكر عوض، فمذهب الشافعي: لا أجرة له، وعلى قول المزني: له الأجرة، وعلى قول أبي إسحاق: وإن ابتدأ الراكب فسأله فله الأجرة، وإن ابتدأ الملاح فطلبه فلا أجرة له. وعلى قول إبن سريج: إن كان الملاح معروفاً أن يحمل بأجرة فله الأجرة، وإن كان غير معروف بذلك فلا أجرة له.

وهكذا لو دخل حماماً بغير إذن فعليه الأجرة، وإن دخله بإذن فعلى ما ذكرنا من الاختلاف.

ولو أخذ من سقاء ماءً من غير طلب فعليه ثمنه، وإن أخذه بطلب فعلى ما ذكرنا من الاختلاف.

فصل: وإذا استأجر قميصاً ليلبسه فأتزر، ضمن لتعديه، لأن لبسه أصون. ولو ألقاه على كتفه مرتدياً به، لم يضمن بالتعدي، لأن ذلك أصون. وهل يضمن بالتفريط، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يضمن، لأن لبسه أحرز.

والوجه الثاني: لا يضمن، لأن ذلك أصون.

فصل: ولو استأجر قميصاً ليلبسه فنام فيه، نظر: فإن نام فيه ليلاً، فقد تعدى وعليه الضمان. وإن نام فيه نهاراً للقائلة، لم يتعدَّ ولا ضمان عليه، لأن العادة لم تجر بنوم الناس ليلاً في لباس نهارهم، وجرت به العادة في نوم نهارهم.

فصل: وإذا استأجر حائكاً لينسج له ثوباً، على أن أجرته نصف قيمته، كانت الإجارة فاسدة للجهل بمبلغ قيمته. فإن نسجه فله أجرة مثله، ولا تؤخذ قبل عمله بنسجه، لأن فساد الإجارة يمنع من لزومها.

فلو قال: إن نسجته في الحف فأجرتك دينار، وإن نسجته في الساذج فأجرتك نصف دينار، فالإجارة فاسدة لأنها لم تعقد على أحد الأمرين، وله في كلا الأمرين من نساجته أجرة مثله، ما لم ينه عنه.

فصل: وإذا أجر الرجل حماماً بالنصف من كسبه، فسدت الإجارة للجهل بها. ولو أجره بأجرة معلومة صحت، وكانت العمارة على المؤجر، ومؤنة الحطب والوقود على المستأجر، لأن العمارة من حقوق التمكين فاختص بها المؤجر، فلو شرطت على

المستأجر بطلت الإجارة. ومؤنة الحطب والوقود من حقوق الاستيفاء، فاختص بها المستأجر، فلو شرطت على المؤجر بطلت الإجارة. وقد يشترط الناس في وقتنا هذا في إجارة الحمامات ثلاثة شروط، كل منها يفسد العقد:

أحدها: أن يشترط على المستأجر ما احتاج الحمام إليه من بياض وسواد، لينفرد المؤجر بما احتاج إليه من هدم وبناء، وهذا يبطل الآجارة.

والثاني: أن يشترط على المستأجر تعجيل سلف لا يقع به القضاء، ليرد عليه عند انقضاء المدة إن لم يستأجر ثانية، وهذا يبطل الإجارة.

والثالث: أن يشترط المؤجر دخول الحمام هو وعياله بغير أجرة، وهذا يبطل الإجارة. فلو صحت الإجارة لخلوها من هذه الشروط الفاسدة، فقلّ دخول الناس إليه، فهذا على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون لأمر يعود إلى المؤجر من خراب الحمام وشعثه. فعلى المؤجر عمارة ما خرب، وإصلاح ما تشعث، ولا يؤخذ به جبراً. فإن بادر إلى عمارته، فلا خيار للمستأجر. وإن لم يبادر إلى عمارته، فالمستأجر بالخيار بين المقام والفسخ.

والضرب الثاني: أن يكون لأمر يعود إلى المستأجر من قلة الحطب والماء ومراعاة الوقود، فلا خيار للمستأجر لإختصاصه بالتزام ذلك إن شاء.

والضرب الثالث: أن لا ينسب ذلك إلى واحد منهما، فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون لمانع منهُ لفتنة حادثة، أو لخراب الناحية، فهذا عيب وللمستأجر الخيار.

والضرب الثاني: أن يكون لرغبة عنه لحدوث ما هو أعمر منه، فهذا ليس بعيب، ولا خيار للمستأجر.

فصل: إجارة دور مكة جائزة. ومنع مالك وأبو حنيفة من إجارتها استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال في مكة: «**إِنَّهَا سَوَائِبُ**»[1].

---

(١) حديث علقمة بن نضلة قال: توفي رسول الله ﷺ وما تدعى رباع مكة، إلا السوائب» والحديث ضعيف راجع ابن ماجة في المناسك (٣١٠٧) ٢/ ١٠٣٧ مع أن الهيثمي قال: إسناده على شرط مسلم والبيهقي ٦/ ٣٥. والسوائب: هي غير المملوكة لأهلها، بل متروكة لله ينتفع بها الناس. وأخرج ابن حجر في المطالب العالية (١١٣٢) عن ابن عمرو: أن الذي يأكل كرى بيوت مكة إنما يأكل في بطنه ناراً.

وروى الأعمش عن مجاهد قال: قال رسول الله ﷺ: «إن مكة حرمها الله، لا يحل بيع رباعها ولا أجور بيوتها»[١].

والدليل على جواز إجارتها، ما قدمناه من الدليل على جواز بيعها من قوله ﷺ حين دخل مكة وقد قيل له: هلا نزلت في دورك؟ فقال: «وَهَلْ تَرَكَ لَنَا عقيل مِنْ رِبع»[٢]؟ فلولا جواز بيعها ما أمضى بيع عقيل وجعل مشتريها منه أحق بها منه.

وقد اشترى عمر بن الخطاب رضي الله عنه داراً بمكة بأربعة آلاف درهم[٣] فلم ينكر شراءه أحد، فصار كالاجماع.

ولأن الله تعالى أضاف إليهم دورهم، فقال تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ﴾[٤] فاقتضت هذه الاضافة بقاء ملكهم عليها. وإذا ذكرنا ملكها وجواز بيعها، دل ذلك على جواز إجارتها، لأنَّ ما جاز بيعه من الدور، جازت إجارته كسائر البلاد. ولأن لو لم تملك رقابها ويستحق سكناها، لما جاز لأحد أن يستوطن بها داراً، ولاستهم الناس عليها لاستوائهم فيها، فأما ما استدلوا به من الخبرين، فقد قدمنا الجواب عنهما في البيوع.

فصل: تجوز الإجارة على كتب المصاحف، ومنع منها بعض العراقيين وأهل المدينة.

ودليلنا هو: أن ما أبيح من الأعمال المعلومة جاز لمن لم يتعين الفرض عليه أن يعتاض عنه، كالاجارة على كتب الفقه والحديث.

فصل: إجارة المشاع تجوز من الشريك وغيره.

وقال أبو حنيفة: تجوز من الشريك، ولا تجوزمن غيره.

وفيما قدمناه من الدليل على رهن المشاع دليل على إجارته، ولأن كل عقدصح مع الشريك صحّ مع غيره كالبيع.

---

(١) تقدم في الحج.

(٢) حديث أسامة بن زيد. وفيه: وكان عقيل ورث أبا طالب ولم يرثه جعفر ولا علي، وكان عقيل وطالب كافرين، فكان عمر من أجل ذلك يقول: لا يرث المؤمن الكافر. أخرجه البخاري في الحج (١٥٨٨) والجهاد (٣٠٥٨) والمغازي (٤٢٨٢) ومسلم في الحج (١٣٥١) (٤٣٩) وأبو داود (٢٩١٠) وابن ماجة (٢٧٣٠) والبيهقي ٦/ ٣٤.

(٣) أخرجه البيهقي ٦/ ٣٤.

(٤) سورة الحشر، الآية: ٢٨.

فصل: في إجارة الحفائر والبناء. وهذا الفصل مشتمل على مسألتين:

إحداهما: في حفائر الآبار، **والأخرى**: في البناء.

فأما حفائر الآبار، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يعقد الاجارة فيه على مدة معلومة. كرجل استأجر أجيراً عشرة أيام لحفر بئر، على أن أجرة كل يوم درهم، فيصح وإن لم يذكر عمق البئر ودورها، إذا أشار الى الأرض التي يحفر فيها، وتكون أجرته في اليوم الأخير من عمله كأجرته في اليوم الأول. وهكذا لو استأجره عشرة أيام بعشرة دراهم، كان قسط كل يوم من عمله درهماً، يستوي فيه اليوم الأول في حفر أعلى البئر واليوم الأخير في حفر أسفلها، وهذا مما ليس يختلف الفقهاء فيه.

والضرب الثاني: أن يكون عقد الإجارة على حفر مقدر بالعمل دون المدة، كرجل استأجر أجيرا ليحفر له بئرا في عمق ودور معلومين بعشرة دراهم، فيصح مضموناً ومعيناً. وقال قوم: لا يصح هذا العقد لأمرين:

أحدهما: أن باطن الأرض قد يختلف بالصلابة والرخاوة، فتختلف أجرته باختلاف صلابته ورخاوته، وذلك لا يعلم إلا بعد مشاهدة ذلك.

والثاني: أن ما يخرجه من تراب البئر غير معلوم، فصار العمل بهذين مجهولاً، فبطلت فيه الإجارة حتى تكون معقودة على الأيام.

وهذا قول شذ قائله عن الكافة، وخالف فيه الجماعة. لأن عقد الإجارة على أعمال معلومة كعقدها على أيام معلومة في الجواز والصحة. ألا ترى أن سائر الصنائع يصح فيها الأمران على ما وصفنا، فهكذا حفر الآبار يصح فيه الأمران؟ فإن قدر بالأيام كان العقد على معلوم، وإن قدر بالعمل كان عمقا ودوراً فهو على معلوم، فاقتضى أن يكون الأمران في الصحة على السواء.

وقولهم: «إن باطن الأرض قد يختلف» فهو: وإن كان مختلفاً، فقد عرف أهل الخبرة باطن الأرض، كل تربة بالعرف والعادة، فصار باطنها بمشاهدة الظاهر معلوماً كالمشاهد. وإن جاز أن يكون الأمر بخلافه، كما يصير باطن الصبرة من الطعام معلوماً بمشاهدة الظاهر، فيصح فيه البيع. وإن جاز أن يكون متغيراً، لأنه إن وجد نقصاً وتغيراً، فسخ، فكذا الإجارة.

وقولهم: إن التراب مجهول القدر، فخطأ لأن ما تقدر حفره بالعمق والدور، تقدر ترابه وصارت البئر مكيالاً لترابها المحفور. ألا ترى أنه لو أخرج تراب ما استؤجر على حفرة فانهار التراب فيها وعاد إليها، لا يلزمه إخراجه ثانية، لأن ما استحق عليه من إخراج التراب قد وفاه؟.

فصل: فإذا تقرر جواز الأجارة على حفر بئر معلومة العمق والدور بأجرة مسماة، فعلى الأجير أن يحفر ما استؤجر عليه، ويأخذ ما سمّي له. فإن حفر بعضها ثم مات، أو ظهرت صخرة لا يقدر على حفرها، فقد اختلف الفقهاء في قدر ما يستحقه من أجرتها بماذا يكون معتبراً.

فذهب الشافعي: إلى أنه يقوم أجرة ما حفر وأجرة ما ترك، ثم تقسط الأجرة المسماة عليها، فما قابل المحفور فهو القدر الذي يستحقه، ولا يتقسط على عدد الأذرع لاختلاف ما بين العلو والسفل. مثاله: أن يستأجر على حفر عشرة أذرع في دور معلوم بثلاثين درهماً، فيحفر خمس أذرع ويترك خمساً، فيقال: كم تساوي أجرة الخمس المحفورة؟ فإن قيل: خمسة دراهم، قيل: وكم تساوي أجرة الخمس المتروكة؟ فإن قيل: خمسة عشر درهماً، جمعتهما وجعلت كل خمسة سهماً، فيكون جميع السهام أربعة، ثم قسمت الثلاثين التي هي الأجرة المسماة على أربعة أسهم، يخرج للسهم الواحد سبعة دراهم ونصف وهو الذي يستحقه بالخمس المحفورة.

فإن قيل: تساوي أجرة الخمس المحفورة عشرة، وتساوي أجرة الخمس المتروكة خمسة عشر درهماً، جعلت كل خمسة دراهم سهماً، فتكون السهام كلها خمسة، ثم قسمت الثلاثين المسماة على خمسة أسهم يخرج لكل سهم ستة دراهم، فيستحق بالخمسة المحفورة اثني عشر درهماً، لأن قسط ما حفر سهمان.

فإن قيل: تساوي أجرة الخمس المحفورة عشرة دراهم، وأجرة الخمس المتروكة خمسين درهماً، جعلت كل عشرة سهماً، فتكون السهام كلها ستة، ثم قسمت الثلاثين عليها يخرج لكل سهم خمسة دراهم، وهو الذي يستحقه بالخمسة المحفورة. لأن قسط عمله سهم واحد. ثم على هذه المبرة، فهذا مذهب الشافعي، وهو قياس أصوله فيما تساوي أجزاؤه.

فصل: وقال أبو حنيفة: تضاعف الأذرع المعقود عليها بعدد مسافتها، ثم تقسم الأجرة على ما اجتمع منها، فما خرج لكل ذراع فهو قدر أجرته.

مثاله: أن يستأجر على حفر خمسة أذرع بخمسة عشر درهماً، فيجعل الذراع الأولى ذراعاً واحداً، لأن نقل ترابها من ذراع واحد. ويجعل الذراع الثانية ذراعين، لأن نقل ترابها من ذراعين، ويجعل الذراع الثالثة من ثلاثة أذرع لأن نقل ترابها من ثلاثة أذرع، ويجعل الذراع الرابعة أربعة أذرع لأن نقل ترابها من أربعة أذرع، ويجعل الذراع الخامسة خمسة أذرع لأن نقل ترابها من خمسة أذرع، ثم يجعل ذراعاً وذراعين وثلاثاً وأربعاً وخمساً، فتكون خمس عشرة ذراعاً وهي مسافة ما استؤجر عليه من الأذرع الخمس، ثم يقسم الأجرة المسماة عليها وهي خمسة عشر درهماً، يكون قسط كل ذراع درهماً. فإن حفر ذراعاً واحداً، استحق درهماً واحداً.

ثم إن حفر ذراعين استحق ثلاثة دراهم، لأن الأولى ذراع، والثانية ذراعان صارا أثلاثاً. وإن حفر ثلاث أذرع استحق ستة دراهم، لأن الأولى ذراع، والثانية ذراعان، والثالثة ثلاث، صار الجميع ستاً. فإن حفر أربع أذرع استحق عشرة دراهم، لأن الأولى ذراع، والثانية ذراعان، والثالثة ثلاث، والرابعة أربع، صار الجميع عشراً. فهذا مذهب أبي حنيفة، لأن مسافة الأذرع إذا ضوعفت متساوية فاقتضى أن تكون الأجرة على مبلغ عددها مقسطة.

فصل: وقال بعض محققي أصحابنا في الفقه ومجوديهم في الحساب بمذهب توسط فيه بين مذهبي الشافعي وأبي حنيفة، لأن مذهب الشافعي وإن كان في القياس مطرداً وعلى الأصول مستمراً، فإن فيه اطراحاً لعمل يصح فيه وينحصر منه. ومذهب أبي حنيفة، وإن كان في العمل مطرداً وفي الحساب صحيحاً فإن فيه حكمًا يفسد في القياس ويبطل على الأصول.

وذلك أن حفر الآبار يشتمل على: حفرٍ، ونقل تراب. فالحفر يتماثل في الأذرع كلها، وليس في حفر الذراع الأخير عمل يزيد على حفر الذراع الأولى، فلم يجز أن يفاضل بين أجورها لتساوي العمل فيها، فصار مذهب أبي حنيفة من هذا الوجه فاسداً.

فأما نقل التراب المحفور فإنه يختلف باختلاف المسافة، ويتضاعف بأعداد الأذرع. لأن مسافة الذراع الثانية مثلاً مسافة الذراع الأولى، ومسافة الثالثة ثلاثة أمثالها، ومسافة الرابعة أربعة أمثالها، ومسافة العاشرة عشرة أمثالها، ومسافة النقل محفورة باختلاف الأذرع، فلم يجز أن يعدل عن تقسيط الأجرة عليها وتحقيق المستحق بها إلى تقويم معمول

أو متروك يستعمل فيه غلبة الظن في تقسيط الأجرة عليهما، فصار في مذهب الشافعي من هذا الوجه اطراح لعمل هو أصح تحقيقاً وأخصر تقسيطاً.

وإذا كان كذلك وجب أن تقسط الأجرة المسماة على الحفر والنقل، فما قابل الحفر قسم على أعداد الأذرع من غير تفاضل، لأن العمل في جميعها متماثل. وما قابل النقل قسمة على ما تنتهي إليهما مسافة الأذرع، لأن العمل فيها متضاعف متفاضل.

فإن قيل: لا يجوز أن يفضل بين أجرة الحفر والنقل، لأن أحدهما تبع للآخر. قيل: هذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه ليس جعل النقل تبعاً للحفر بأولى من جعل الحفر تبعاً للنقل، وإذا لم يتميز التابع من المتبوع صار كل واحد منهما مقصوداً.

والثاني: أن ما كان تبعاً لغيره من العقد لم يجز أن يفرد بالعقد، وقد ثبت أنه لو استأجر على الحفر أجيراً لا ينقل، وعلى النقل أجيراً لا يحفر، صحّ؛ فلم يكن الجمع بينهما في العقد بمانع من تميزها في أحكام.

فصل: فإذا صح ذلك العمل، فللعمل عليه مقدمة وهو: أنك إذا أردت أن تعلم مبلغ مسافة نقل التراب من عشر أذرع، وشقّ عليك أن تجمع من الواحد إلى العشرة على الولاء، فبابه المختصر: أن تزيد على العشرة واحداً يكون أحد عشر، ثم تضربها في نصف العشرة تكون خمسة وخمسين، وإن تضرب نصف أحد عشر في عشرة تكن خمسة وخمسين وهو مبلغ العدد المجموع من واحد إلى عشرة على الولاء.

والعلة في ذلك ما ذكره شجاع بن نصر: أن الواحد والعشرة يكون أحد عشر، والإثنان والتسعة يكون أحد عشر، والثلاثة والثمانية أحد عشر، والأربعة والسبعة أحد عشر، والخمسة والستة أحد عشر، فتعلم أن الذي معك من جملة أعداد العشر خمس مرات أحد عشر، فلذلك ضربت في نصف العشرة وهو خمسة في أحد عشر.

فعلى هذا إذا أردت أن تجمع من واحد إلى خمسة عشر على الولاء، تزد الواحد على خمسة عشر يكن ستة عشر، ثم اضربها في نصف خمسة عشر يكن مائة وعشرين. وإن شئت ضربت نصف ستة عشر في خمسة عشر يكن مائة وعشرين، ثم على هذا القياس.

فصل: فإذا تقررت هذه المقدمة، صرنا إلى العمل. فإذا قيل: رجل استؤجر على حفر بئر عمقها خمس أذرع في دور معلوم بعشرين درهماً، فإنه يقال: كم تساوي أجرة الحفر؟

فإذا قيل: خمسة دراهم، قيل: وكم تساوي أجرة النقل؟ فإذا قيل: خمسة عشر درهماً، فليس في ذلك محاباة. فاجعل أجرة الحفر التي هي خمسة، مقسومة على عدد الأذرع الخمس بالسوية، لأنه ليس لبعضها على بعض في الحفر فضل، فيكون قسط كل ذراع بالحفر وحده درهماً واحداً. ثم إجعل أجرة النقل التي هي خمسة عشر درهماً مقسومة على مبلغ مسافة الأذرع الخمس وهو خمس عشرة ذراعاً، لأن ذراع وذراعان وثلاث وأربع وخمس. وإن شئت تعمله بالباب المختصر، زدت الخمسة واحداً يكن ستة، ثم تضربها في نصف الخمسة يكن خمسة عشر. أو ضربت نصف الستة في خمسة، تكن خمسة عشر. وهي مبلغ مسافة من خمس أذرع، فإذا قسمت عليها قسطت من الأجرة وهي خمسة عشر درهماً، كان أجرة كل ذراع درهماً.

فإذا حفر ونقل ذراعاً واحداً استحق درهمين، لأن له بالحفر درهماً، وبالنقل درهماً. ولو حفر ونقل ذراعين، استحق خمسة دراهم، لأن له بحفر ذراعين درهمين. وبنقل ذراعين ثلاثة دراهم، لأن الأولى ذراع، والثانية ذراعان.

ولو حفر ونقل ثلاث أذرع، استحق تسعة دراهم، لأن له بحفر الأذرع الثلاث ثلاثة دراهم، وله بالنقل من ثلاث أذرع مسافة ست أذرع ستة دراهم.

ولو حفر ونقل أربع أذرع، استحق أربعة عشر درهماً. لأن بحفر الأذرع الأربع أربعة دراهم، وله بالنقل من أربعة أذرع مسافة عشر أذرع عشرة دراهم.

فلو استؤجر على حفر بئر عمقها خمس عشرة ذراعاً في دور معلوم بمائة وخمسين درهماً، قيل: كم تساوي أجرة الحفر بلا نقل؟ فإن قيل: عشرون درهماً، قيل: وكم تساوي أجرة النقل بلا حفر؟ فإن قيل: ثمانون درهماً، ففي الأجرة محاباة، فاجمع أجرة الحفر والنقل تكن مائة درهم. واجعل كل عشرين سهماً، تكن خمسة أسهم: سهم منها للحفر، وأربعة أسهم للنقل. ثم اقسم الأجرة المسماة وهي مائة وخمسون درهماً على خمسة أسهم، يكن قسط كل سهم ثلاثين درهماً، فتجعل أجرة الحفر وحده ثلاثون درهماً، لأن قسط الحفر سهم واحد، وتحصل أجرة النقل وحده مائة وعشرون درهماً، لأن قسط النقل أربعة أسهم. ثم اقسم أجرة الحفر وهي ثلاثون درهماً على أعداد الأذرع وهي خمس عشرة ذراعاً، تكن أجرة كل ذراع درهمين، واقسم أجرة النقل وهي مائة وعشرون درهماً على مسافة خمس عشرة ذراعاً، وهي مائة وعشرون ذراعاً. لأنه إذا زدت على خمسة عشر

واحد، ثم ضربت نصفها في خمسة عشر، كانت مائة وعشرين، فيكون أجرة نقل كل ذراع واحدة درهماً واحداً.

فإذا حفر ونقل خمس أذرع واستحق بالحفر وحده عشرة دراهم، كان له بكل ذراع درهمان، واستحق بالنقل وحده خمسة عشر درهماً، لأن مسافة خمس أذرع خمسة عشر ذراعاً، له بكل ذراع درهم، فيصير جميع ما يستحقه بالحفر والنقل خمسة وعشرين درهماً.

ولو حفر ونقل عشر أذرع، استحق بالحفر وحده عشرين درهماً، لأن له بكل ذراع درهمين. واستحق بالنقل وحده خمسة وخمسين درهماً، لأن مسافة عشر أذرع خمس وخمسون ذراعاً، له بكل ذراع درهم، فيصير ما يستحقه بالحفر والنقل خمسة وسبعين درهماً. ثم على هذا القياس.

فصل: وأما البناء، فالإجارة عليه ضربان:

أحدهما: أن تكون معقودة على الأيام، فيصح، فيساوي أجور الأيام مما سمي لها من سفل البناء وعلوه.

والضرب الثاني: أن تكون معقودة على بناء مقدر بالعمل، فتصح إذا اجتمع في العقد شرطان:

أحدهما: أن يكون البناء معلوم القدر في الطول والعرض والعلو.

والشرط الثاني: أن تكون آلة البناء موصوفة من حجر أو آجر أو لبن بجص وطين. فإن أغفل ذلك، لم يجز لاختلاف العمل باختلافه.

ولو شرط الآلة على الأجير لم يجز، وإن وصفها لأنه يصير عقدين من إجارة وبيع في عقد.

فإذا عقد الإجارة باجتماع هذين الشرطين صحت بوفاق من خالف في إجارة الآبار، ويؤخذ الأجير بإتمام البناء. فإن بنى بعضه ثم قطعه عن إتمامه قاطع، وأراد أجرة ما عمل، فلا يخلو حال البناء من أحد أمرين: إما أن يكون متماثل المساحة في علوه وسفله كالمنار والسواري، فيكون حكمها كحكم الآبار على ما مضى من المذاهب الثلاثة. وإما أن يكون مختلف المساحة كالمخروطات، فيقوم المعمول والمتروك، ثم تقسط الأجرة عليهما، فما قابل المعمول منها فهو حق الأجير فيما عمل، وبالله التوفيق.

مُخْتَصَرٌ مِنَ الْجَامِعِ
مِنْ كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ وَكِرَاءِ الأَرْضِ وَالشَّرِكَةِ فِي الزَّرْعِ(١)

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (أَخْبَرَنا سُفْيَانُ قَالَ: سَمِعْتُ عَمْرُو بْنَ دِينَارٍ يَقُولُ: سَمِعْتُ ابْنَ عُمَرَ يَقُولُ: كُنَّا نُخَابِرُ وَلاَ نَرَى بِذَلِكَ بَأْساً، حَتَّى أَخْبَرَنَا رَافِعُ بْنُ خُدَيْجٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الْمُخَابَرَةِ فَتَرَكْنَاهَا لِقَوْلِ رَافِعِ. قَالَ: وَالْمُخَابَرَةُ اسْتِكْرَاءُ الأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا، وَدَلَّتْ سُنَّةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي نَهْيِهِ عَنِ الْمُخَابَرَةِ عَلَى أَنْ لاَ تَجُوزَ الْمُزَارَعَةُ عَلَى الثُّلُثِ وَلاَ عَلَى الرُّبْعُ وَلاَ جُزْءٍ مِنَ الأَجْزَاءِ لأَنَّهُ مَجْهُولٌ وَلاَ يَجُوزُ الْكِرَاءُ إِلاَّ مَعْلُوماً)(٢).

قال الماوردي: وهذا كما قال. المخابرة هي المزارعة، وهي ما وصفها الشافعي رضي الله عنه من أنها استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها. واختلف الناس في تسميتها بالمخابرة على قولين، ذكرهما ابن قتيبة.

أحدهما: أنها مأخوذة من معاملة خيبر، حين أقرهم رسول الله ﷺ فقال: «خَابِرُوهُمْ» أي: عاملوهم على خيبر.

والقول الثاني: أنها مأخوذة من الخبرة، وهي النصيب. قال عروة بن الورد(٣):

إذا ما جعلت الشاة للقوم خبرةً   فشأنك أني ذاهبٌ لشؤون

والخبرة: أن يشتري الشاة جماعة فيقتسمونها.

---

(١) في المختصر: زيادة وهي: وما دخل فيه من كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ومسائل سمعتها منه لفظاً.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢٨.

(٣) عروة بن الورد بن زيد العبسي: (ت ٣٠) ق. هـ. من شعراء الجاهلية وفرسانها، يلقب بعروة الصعاليك. راجع الأعلام: ٤/ ٢٢٧.

وإذا كانت المخابرة هي استكراء الأرض لزراعتها ببعض ما يخرج منها، فهي على ضربين:

ضرب: أجمع الفقهاء على فساده.

وضرب: اختلفوا فيه.

فأما الضرب الذي أجمعوا على فساده، فهو: أن تكون حصة كل واحد منهما من زرع الأرض مفردة عن حصة صاحبه، مثل أن يقول: قد زارعتك على هذه الأرض على أن ما نبت من الماذيانات كان لي، وما نبت على السواقي والجداول كان لك، أو على أن ما سقي بالسماء فهو لي، وما سقي بالرشاء فهو لك. فهذه مزارعة باطلة، اتفق الفقهاء على فسادها: لرواية سعيد بن المسيب، عن سعد قال: «كنا نكري الأرض بما على السواقي وما سقي بالماء منها، فَنَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ وَأَمَرَنَا أَنْ نُكْرِيهَا بِذَهَبٍ أَوْ وَرِقٍ»[1]، ولأن تمييز ما لكل واحد منهما يمنع من إلحاقه بالمساقاة المشاعة، ويخرج بالجهلة عن حكم الإجارة الجائزة فصار باطلاً.

فصل: وأما الضرب الذي اختلف الفقهاء فيه فهو: أن يزارعه على أرضه ليكون العمل على الأجير والأرض لربها، والبذر منهما أو من أحدهما بحسب شرطهما، على أن ما أخرج الله تعالى من زرع كان بينهما على سهم معلوم من نصف أو ثلث أو ربع، ليأخذ الزارع سهمه بعمله، ويأخذ رب الأرض سهمه بأرضه، فهذه هي المخابرة والمزارعة التي اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه: أنها باطلة، سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الأرض، وبه قال من الصحابة: عبد الله بن عمر، وجابر بن عبدالله، ورافع بن خديج رضي الله عنهم، ومن التابعين: سعيد بن جبير، وعكرمة، ومن الفقهاء: الشافعي، ومالك، وأبو حنيفة رضي الله عنهم.

والمذهب الثاني: أنها جائزة، سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الأرض، وبه قال من الصحابة: علي بن أبي طالب كرّم الله وجهه، وعمار بن ياسر، وعبد الله بن مسعود، وسعد بن أبي وقاص، ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم، ومن التابعين: سعيد بن

---

(١) حديث سعد بن أبي وقاص: أخرجه أبو داود في البيوع (٣٣٩١) والنسائي ٧/ ٤١) والدارمي ٢/ ٢٧١ والبيهقي ٦/ ١٣٣ وأحمد ١/ ١٨٢.

المسيب، ومحمد بن سيرين، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، ومن الفقهاء: سفيان الثوري، وأبو يوسف، ومحمد.

والمذهب الثالث: أنه إن شرط البذر على صاحب الأرض لم يجز، وإن شرطه على الزارع جاز، وهو مذهب أحمد بن حنبل، وإسحاق بن راهويه.

واستدل من أجاز ذلك برواية عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنه «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ عَلَى شَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ وَزَرْعٍ»(١).

وروى سفيان بن عيينة، عن عمرو بن دينار قال: قلت لطاوس: يَا أَبَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ لَوْ تَرَكْتَ الْمُخَابَرَةِ، فَإِنَّهُمْ يَزْعَمُونَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْهَا فَقَالَ: يَا عَمْرُو أَخْبَرَنِي أَعْلَمُهُمْ ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّهُ لَمْ يَنْهَ عَنْهَا وَلَكِنْ قَالَ: لأَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهَا خَرْجَاً مَعْلُوماً»(٢).

وروى عروة بن الزبير، عن زيد بن ثابت، قال: «رَحِمَ اللَّهُ رَافِعَ بْنَ خُدَيْجٍ أَنَا أَعْلَمُ بِهَذَا الْحَدِيثِ مِنْهُ» ـ يعني ما رواه عن المخابرة ـ قال زيد: «أَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَجُلَانِ مِنَ الأَنْصَارِ، وَكَانَا قَدِ اقْتَتَلَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِنْ كَانَ هَذَا شَأْنُكُمَا فَلَا تكروا الْمَزَارِعَ»(٣).

قالوا: ولأن المعاملة على الأصول ببعض نمائها يجوز، كالمساقاة على النخل، والمضاربة بالمال، وكذلك المخابرة على الأرض.

قالوا: ولأنه لما جازت المخابرة إذا اقترنت بالمساقاة جازت بانفرادها.

والدليل على فسادها مع ما رواه الشافعي رضي الله عنه في صدر الباب عن ابن عمر،

---

(١) حديث ابن عمر: سبق تخريجه في المساقاة.

(٢) وحديث ابن عباس: أخرجه البخاري في الحرث والمزارعة (٢٣٣٠) و (٢٣٤٢) و (٢٦٣٤) ومسلم في البيوع (١٥٥٠) (١٢٠) و (١٢١) و (١٢٢) والنسائي: ٧/ ٣٦ وأخرجه أبو داود (٣٣٨٩) وابن ماجة (٢٤٥٦) والبيهقي ٦/ ١٣٣ وأحمد ٦/ ١٣٤ والبغوي (٢١٨٠).

(٣) أخرجه البيهقي ٦/ ١٣٤ وقال: زيد بن ثابت وابن عباس كأنهما أنكرا ـ والله أعلم ـ إطلاق النهي عن كراء المزارع، وعنى ابن عباس بما لم ينه عنه من ذلك كراءها بالذهب والفضة وبما لا غرر فيه، وقد قيد بعض الرواة عن رافع الأنواع التي وقع النهي عنها، وبين علة النهي وهي ما يخشى على الزرع من الهلال، وذلك غرر في العوض يوجب فساد العقد. وقد روينا عن زيد بن ثابت ما يوافق رواية رافع بن خديج وغيره، فدل على أن ما أنكره عليه غير ما أثبته.

رواية الشافعي عن سفيان، عن ابن جريج، عن عطاء، عن جابر قال «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمُخَابَرَةِ»[١].

والمخابرة كراء الأرض بالثلث والربع.

وروى يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار، أن رافع بن خديج قال: «كُنَّا نُخَابِرُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَإِنَّ بَعْضَ عُمُومَتِي أَتَانِي فَقَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ أَمْرٍ كَانَ لَنَا نَافعاً، وَطَوَاعِيَةُ اللَّهِ وَرَسُولِهِ أَنْفَعَ لَنَا وَأَنْفَعُ، قَالَ: فَقُلْنَا: «وَمَا ذَاكَ» قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيُزْرِعْهَا أَخَاهُ وَلاَ يُكَارِيهَا بِثُلُثٍ وَلاَ رُبْعٍ وَلاَ طَعَامٍ مُسَمًّى»[٢] وَرَوَى ابْنُ خُثَيْم عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «مَنْ لَمْ يَذَرِ الْمُخَابَرَةَ فَلْيُؤْذَنْ بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ»[٣] ولأن الأصول التي تصح إجارتها ولا تصح المعاملة عليها ببعض كسبها، وكذا الأرض لما جازت إجارتها لم تجز المخابرة عليها.

فهذه دلائل الفريقين في صحة المخابرة وفسادها، ولما اقترن بدلائل الصحة، عمل أهل الأمصار مع الضرورة الماسة إليها، وكان ما عارضها محتملاً أن يكون جارياً على ما فسره زيد بن ثابت. وقال عبد الله بن عباس: كان صحة المخابرة أولى من فسادها، مع صحة شهادة الأصول لها في المساقاة والمضاربة.

فصل: فإن قيل: بجواز المخابرة، حملاً فيها على ما شرطاه من بذر وسهم. وإن قيل: بفسادها، فالزرع لصاحب البذر. فإن كان البذر لمالك الأرض فالزرع له، وعليه للعامل أجرة مثل عمله، وبقره وآلته، لأنه بذل ذلك في مقابلة عوض فوته عليه فساد العقد، فرجع بقيمته.

وإن كان البذر للزارع، فالزرع له وعليه لرب الأرض أجرة مثل أرضه، لأنه بذلها في مقابلة عوض فوته عليه فساد العقد، فرجع بقيمته.

---

(١) حديث جابر: أخرجه البخاري في الشرب والمساقاة (٢٣٨١) ومسلم في البيوع (١٥٣٦) (٨١) والبيهقي ٥/ ٣٠١ـ٣٠٤.

(٢) حديث رافع: أخرجه مسلم في البيوع (١٥٤٨) (١١٣) وأخرجه أبو داود في البيوع (٣٣٩٥) و(٣٣٩٦) والبيهقي ٦/ ١٣١.

(٣) حديث جابر: أخرجه أبو داود في البيوع (٣٤٠٦) والبيهقي ٦/ ٢٨ وصححه الحاكم ٢/ ٢٨٥ ـ ٢٨٦ ووافقه الذهبي وهو في الأحسان (٥٢٠٠).

وإن كان البذر لهما، فالزرع بينهما، وعلى رب الأرض للعامل نصف أجرة عمله، وبقره وآلته، وعلى العامل لرب الأرض نصف أجرة أرضه.

قال الشافعي رضي الله عنه: فلو اشترك أربعة في زراعة الأرض، فكانت الأرض لأحدهم، والبذر للآخر، والآلة للآخر، ومن الرابع العمل، على أن الزرع بينهم أرباعاً: كان الزرع لصاحب البذر، وعليه أجرة المثل لشركائه. وقد روى الأوزاعي عن واصل بن أبي جميل، عن مجاهد قال: اشْتَرَكَ أَرْبَعَةُ رَهْطٍ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي زَرْعٍ فَقَالَ أَحَدُهُمْ: قِبلِي الأَرْضَ، وَقَالَ الآخَر: قِبلِي الْبذْر، وَقَالَ الآخَرُ: قِبَلِي الْعَمَل، وَقَالَ الآخَرُ: قِبَلِي الفدَّان، فَلَمَّا اسْتُحْصِدَ الزَّرْعُ صَارُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَجَعَلَ الزَّرْعَ لِصَاحِبِ الْبذْرِ، وَأَلْغَى صَاحِبَ الأَرْضِ، وَجَعَلَ لِصَاحِبِ الْفدان شَيْئاً مَعْلُوماً، وَجَعَلَ لِصَاحِبِ الْعَمَلِ دِرْهَمَاً كُلَّ يَوْمٍ.

فصل: ولمن قال بفساد المخابرة، ثلاثة وجوه يتوصل بكل واحد منها إلى صحة الشركة في الزرع:

أحدها: أن يشتركا في منفعة الأرض، إما بملك رقبتها، أو بإجارتها، أو استعارتها، أو تكون لأحدهما فيؤجر صاحبه، أو لغيره نصفها مشاعاً فتصير منفعة الأرض لهما، ثم يشتركان في البذر والعمل فيصير الزرع بينهما.

والوجه الثاني: أن يقول صاحب الأرض للعامل: قد أجرتك نصف أرضي مشاعاً سنة بدينار، واستأجرت نصف عملك ونصف عمل ما قد شاهدته من بقرك وآلتك سنة بدينار، ثم يقع القصاص والإبراء، ويخرجان البذر بينهما، فيصيران شريكين في الزرع.

والوجه الثالث: أن يقول صاحب الأرض للعامل: قد أجرتك نصف أرضي مشاعاً بنصف عملك، ونصف عمل ما شاهدته من بقرك وآلتك، سنة. فيصير كل واحد منهما مستأجراً لنصف ما لصاحبه سنة، بنصف ما للآخر سنة. أو يعقدان ذلك سنين معلومة، ثم يخرجان البر بينهما، فيصيران شريكين في الأرض والبذر والعمل، فيصير الزرع بينهما.

فإن أراد أن يكون لصاحب الأرض الثلث وللعامل الثلثان، قال صاحب الأرض: قد أجرتك ثلثي أرضي بثلث عملك، ويخرج صاحب الأرض ثلث البذر، فيصير ثلث الزرع لصاحب الأرض، وثلثاه للعامل.

ولو أراد أن يكون لرب الأرض ثلثا الزرع وللعامل الثلث، قال رب الأرض: قد

جرتك ثلث أرضي بثلثي عملك، ويخرج ثلثي البذر، فيصير لرب الأرض ثلثا الزرع، للعامل الثلث.

وإن أراد أن يكون البذر من رب الأرض والزرع بينهما، قال رب الأرض: قد ستأجرت نصف عملك بنصف هذا البذر، ونصف منفعة هذا الأرض، فيصير الزرع بينهما صفين.

وإن أراد أن يكون البر من العامل قال رب الأرض: قد أجرتك نصف أرضي بنصف عملك ونصف هذا البذر، فيصير الزرع بينهما نصفين.

وقال أبو حامد الإسفراييني: إذا عقدا على الوجه الذي يكون البذر فيه من أحدهما، فهو بيع وإجارة، فيخرج على قولين. وليس الأمر فيه على ما قاله، بل هو عقد إجارة محضة، والأجرة فيها نصف البذر ونصف العمل، فيصح قولاً واحداً، وبالله التوفيق.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَيَجُوزُ كِرَاءُ الأَرْضِ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ وَالْعَرْضِ وَمَا نَبَتَ مِنَ الأَرْضِ، أَوْ عَلَى صِفَةٍ تُسَمِّيهِ، كَمَا يَجُوزُ كِرَاءُ الْمَنَازِلِ وَإِجَارَةُ الْعَبِيدِ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وقد اختلف الناس في إجارة الأرضين، على ثلاثة مذاهب:

أحدها: ما ذهب إليه الحسن البصري وطاوس: إلى أن إجارة الأرضين باطلة لا تجوز بحال.

والمذهب الثاني ما قاله مالك بن أنس: إن إجارتها جائزة بالذهب والورق، ولا يجوز بالبر، والشعير، ولا بما ينبت من الأرض.

والمذهب الثالث: ما قاله الشافعي رضي الله عنه وأبو حنيفة وجماعة الفقهاء: إنها تجوز بكل معلوم من ذهب أو ورق أو عرض، أو بما ينبت من الأرض من بر أو شعير أو غيره.

واستدل الحسن وطاوس على المنع من إجارتها بحديث رواه: ابن شهاب، عن سالم بن عبد الله: أن ابن عمر كان يكري أرضه، حتى بلغه أن رافع بن خديج الأنصاري

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٨.

كان ينهي عن كراء الأرض، فلقيه عبد الله فقال: يا ابن خديج ماذا تحدث عن رسول الله ﷺ في كراء الأرض؟ فقال رافع لعبد الله بن عمر: سمعت عميَّ وكانا قد شهدا بدار يحدثان أهل الدار، «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ كِرَاءِ الأَرْضِ فَقَالَ عَبْدُ الله، والله لقد كنتُ أعلم في عهد رسول الله ﷺ أن الأرض تكرى، ثم خشي عبدُ الله أن يكون رسولُ الله ﷺ أحدث في ذلك شيئاً لم يعلمه، فترك كراء الأرض»(١).

وروى ابن المبارك، عن سعيد أبي شجاع، عن عيسى بن سهل، عن رافع بن خديج قال: إني ليتيم في حجر رافع، وحججت معه فجاءه أخي عمران سهل فقال: أكرينا أرضنا فلانة بمائتي درهم، فقال: دَعْهُ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ، «نَهَى عَنْ كِرَاءِ الأَرْضِ»(٢).

قال: ولأنه لما لم تجز إجارة النخل والشجر لكونهما أصلاً لكل ثمر، فكذلك الأرض لأنها تجمع الأصل والفرع.

فصل: واستدل مالك على أن إجارتها بالطعام وبما ينبت من الأرض لا يجوز، بحديث سليمان بن يسار، عن رافع بن خديج عن بعض عمومته: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرَعْهَا أَوْ لِيَزْرَعْهَا أَخَاهُ، وَلاَ يُكَارِيهَا بِثُلُثٍ وَلاَ رُبعٍ وَلاَ بِطَعَامٍ مُسَمًّى»(٣).

وروى طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج قال «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ وَالْمُزَابَنَةِ وَقَالَ «إِنَّمَا يَزْرَعُ ثَلاَثَةٌ، رَجُلٌ لَهُ أَرْضٌ فَهُوَ يَزْرَعُهَا، وَرَجُلٌ مَنَحَ أَرْضاً، فَهُوَ يَزْرَعُ مَا مَنَحَ، وَرَجُلٌ اسْتَكْرَى أَرْضاً بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ»(٤).

ولأن استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها باطل، كالمخابرة.

ودليلنا على مالك: رواية الأوزاعي، عن حنظلة بن قيس الأنصاري قال: «**سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق، فقال: لا بأس بها، إنما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله ﷺ بما على الماذيانات وأقبال الجداول، وأشياء من الزرع، فيهلك هذا ويسلم هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا، ولم يكن للناس كراء إلا هذا، فلذلك زجر**

---

(١) حديث ابن عمر: أخرجه البخاري في الحرث والمزارعة (٢٣٤٥) ومسلم في البيوع (١٥٤٧) (١١٢) والبيهقي ٦/ ١٣٠ وأحمد ٤/ ١٤٠.

(٢) حديث رافع: أخرجه أبو داود في البيوع (٣٤٠١).

(٣) حديث رافع: سبق تخريجه.

(٤) حديث رافع: أخرجه أبو داود في البيوع (٣٤٠٠). وأخرجه البيهقي: ٦/ ١٣٢.

عنه، فأما شيء مضمون معلوم فلا بأس به»[١] فكان هذا على عمومه مع شبيهه على معنى النهي، فصار هذا تفسيراً لما أجمله من النهي.

ولأن ما صح أن يؤاجر بالذهب والورق، صح أن يؤاجر بالبر والشعير، كالدور والعقار. ولأن ما صح أن تؤاجر به الدور والعقار، صح أن تؤاجر به الأرضون، كالذهب والورق.

فأما الجواب عما استدل به الحسن من حديثي رافع في النهي عن كراء الأرض، فمحمول على ما فسره في هذا الحديث من كرائها بما على الماذيانات، لأن الروايات عن رافع مختلفة.

وأما الجواب عن جمعه بين الأرض، وبين النخل والشجر فهو: أن المستفاد من النخل أعيان، ومن الأرض آثار.

وأما الجواب عما استدل به مالك من حديثي رافع فهو: ما ذكرنا، ونهيه عن إجارتها بطعام مسمى يعني: من الأرض المؤاجرة.

وأما الجواب عن قياسه على المخابرة فهو: أن العوض في المخابرة لا يثبت في الذمة، وفي الإجارة يثبت في الذمة، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ يَجُوزُ الْكِرَاءُ إلاَّ عَلَى سَنَةٍ مَعْرُوفَةٍ)[٢].

قال الماوردي: قد مضى الكلام في مدة الإجارة. وأن لا بد أن تكون معلومة، وأنها تجوز سنة، وفي جوازها سنين قولان.

فإذا استأجر أرضاً للزراعة سنة، فعلى أربعة أقسام:

أحدها: أن يشترط سنة هلالية، فيصح، ويكون العقد على اثني عشر شهراً بالأهلة، يحتسب بكل شهر ما بين الهلالين، كاملاً كان أو ناقصاً ويكون قدر السنة الهلالية ثلاثمائة وأربعة وخمسين يوماً، وهذا أخص الآجال بالشرع، قال الله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ، قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾[٣].

---

(١) حديث رافع: أخرجه مسلم في البيوع (١٥٤٧) (١١٦) وأبو داود (٣٣٩٢) والنسائي ٧/ ٤٣) والبيهقي ٦/ ١٣٢ وأحمد ٤/ ١٤٠ ـ ١٤٢.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢٨.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٨٩.

والقسم الثاني: أن يشرط سنة عددية فيصح، ويكون العقد على ثلاثمائة وستين يوماً كاملة، لأن عدد الشهر مستوفٍ بكماله.

والقسم الثالث: أن يشترط سنة شمسية، وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم، فقد اختلف أصحابنا في صحة الإجارة بهذا الأجل على وجهين:

أحدهما: يصح للعلم بالمدة فيها.

والثاني: باطلة، لأنها مقدرة بحساب تنسأ فيه أيام، وقد حرم الله تعالى النسيء بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا النَّسِيءُ زِيَادَةٌ فِي الْكُفْرِ﴾.

والقسم الرابع: أن يطلق ذكر السنة، فلا يشترطها هلالية، ولا عددية، ولا شمسية، فتصح الإجارة حملاً على السنة الهلالية لأنه الزمان المقدر في الآجال الشرعية. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا تَكَارَى الرَّجُلُ الأَرْضَ ذَاتَ الْمَاءِ مَنَ الْعَيْنِ أَوِ النَّهْرِ، أَوْ عثرياً أو غيلاً، أو الآبَارِ، عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا غَلَّةَ شِتَاءٍ وَصَيْفٍ، فَزَرَعَهَا إِحْدَى الغَلَّتَيْنِ وَالْمَاءُ قَائِمٌ، ثُمَّ نَضَبَ الْمَاءُ فَذَهَبَ قَبْلَ الغَلَّةِ الثَّانِيَةِ، فَأَرَادَ رَدَّ الأَرْضِ لِذَهَابِ الْمَاءِ عَنْهَا، فَذَلِكَ لَهُ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ مِنَ الْكِرَاءِ بِحِصَّةِ مَا زَرَعَ إِنْ كَانَ الثُّلُثُ أَوْ أَكْثَرَ أَوْ أَقَلَّ، وَسَقَطَتْ عَنْهُ حِصَّةُ مَا لَمْ يَزْرَعْ لأَنَّهُ لاَ صَلاَحَ لِلزَّرْعِ إِلاَّ بِهِ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا استأجر أرضاً، فلا بد من ذكر ما قد استأجرها له، من زرع أو غرس أو بناء. فإن أغفل ذكر ما يستأجرها له، بطلت الإجارة لاختلافه. ثم لا يذكر ذلك بلفظ الشرط، بل يقول: «لِتَزْرَعَهَا» فإن أخرجها مخرج الشرط، فقال: «عَلَى أَنْ تَزْرَعَهَا» بطلت الإجارة، لأنه إذا جعله شرطاً لزمه، والمستأجر لا يلزمه استيفاء المنفعة، وإنما هو إذا مكن منها مخير بين استيفاءها أو تركها. ألا ترى أن من استأجر داراً للسكنى كان مخيراً بين سكناها وتركها، فإن شرط عليه سكناها في العقد فقيل فيه: على أن يسكنها بطلت الإجارة؟.

فإذا استأجر أرضاً سنة لزرعها غلة شتاء وصيف، فلا بد أن يكون لها وقت العقد ماء قائم يسقي به الزرع من عين أو نهر أو نيل أو عثرياً، وهو: الماء المجتمع في أصول الجبال، أو على رؤوسها. أو غيلاً، وهو: السيح الجاري، سمي سيحاً: لأنه يسيح في الأرض، أو غللاً وهو: الماء بين الشجر.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٨.

وإنما افتقر عقد الإجارة عليها إلى وجود الماء لزرعها، لأن الزرع لا ينبت في جاري العادة إلا بماء يسقيه، فلزم أن يكون لها ماء يمكن معه استيفاء المنفعة منها. لأن على المؤجر تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة، فبطلت. الإجارة.

وهكذا لو كان سقى زرعها بعلاً أو عذياً، والبعل: ما شرب بعروقه، والعذي: ما سقته السماء، فهي كالأرض التي لا ماء لها، لأنه غير قائم فيها، وقد يكون ولا يكون، فلا يصح إجارتها للزرع.

فإذا استأجرها ولها ماء قائم، فزرعها إحدى الغلتين، ثم نضب الماء أو نقص أو ملح وتعذر عليه لأجل ذلك زرع الغلة الثانية، نظر: فإن توصل المؤجر إلى إعادة الماء بحفر نهر، أو بئر، أو استنباض عين، فالإجارة بحالها ولا خيار للمستأجر فيها. وإن تعذر عليه إعادة الماء، أو أمكنه فلم يفعل، لم يجبر عليه كما لا يجبر على بناء الدار إذا انهدمت؛ ولا يجبر البائع على مداواة العبد المبيع إذا ظهر به مرض، ثم للمستأجر الخيار مع بقاء العقد بين: المقام عليه أو الفسخ لما حدث من النقص بتعذر التمكين.

فإن قيل: فهلا بطلت الإجارة بانقطاع الماء عنها، كما لو انهدمت الدار، أو مات العبد؟.

قيل: الفرق بينهما: أن الأرض المستأجرة باقية مع انقطاع الماء عنها، والدار تالفة بانهدامها، وكذلك العبد بموته، فلم تبطل الإجارة بانقطاع الماء عن الأرض، وإن بطلت بانهدام الدار وموت العبد، واستحق المستأجر الخيار للنقص الداخل عليه، فإن أقام، فعليه الأجرة المسماة، وإن فسخ، فله فسخ الإجارة فيما بقي من المدة، وفي جواز فسخها فيما مضى وجهان:

أحدهما: ليس له ذاك، لأنه قد صار مستهلكاً لما مضى من المدة باستيفائها، ومن استهلك معقوداً عليه لم يستحق خياراً في فسخه. فعلى هذا، يقيم على ما مضى من المدة بحصته من الأجرة، ويرجع لباقي المدة بحصته من الأجرة.

والوجه الثاني: له الخيار في فسخ ما مضى، كما كان له الخيار في فسخ ما بقي. لأنها صفقة، فلم يفترق حكمهما في الخيار. فعلى هذا، إن فسخ في الجميع رجع بالمسمى، وكان عليه أجرة المثل فيما مضى. وإن أقام على ما مضى، وفسخ فيما بقي، لزمه من

الأجرة بقسط ما مضى، ورجع منها بقسط ما بقي، وقد خرج قول آخر: إنه يقيم على ما مضى بكل الأجرة، وإلا فسخ وهذا ليس بصحيح.

فإذا أراد أن يرجع بحصة ما بقي، لم يقسط ذلك على المدة، وإنما يقسط على أجرة المثل. فإذا كان الماضي من المدة نصفها، لم يرجع بنصف الأجرة، وقيل: كم تساوي أجرة مثل المدة الماضية؟ فإذا قيل: عشرون ديناراً، قيل: وكم تساوي أجرة مثل المدة الباقية؟ فإذا قيل عشرة دنانير، رجع بثلث الأجرة.

ولو كان أجرة ما مضى عشرة، وأجرة مابقي عشرون، رجع بثلثي الأجرة لأنه قد تختلف أجرة مثل المدتين، فلم يجز أن يقسط على أعدادها، ولزم أن يقسط على أجور أمثالها. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ تَكَارَاهَا سَنَةً فَزَرَعَهَا، فَانْقَضَتِ السَّنَةُ وَالزَّرْعُ فِيهَا لَمْ يَبْلُغْ أَنْ يُحْصَدَ، فَإِنْ كَانَتِ السَّنَةُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا زَرْعاً يُحْصَدُ قَبْلَهَا، فَالْكِرَاءُ جَائِزٌ وَلَيْسَ لِرَبِّ الزَّرْعِ أَنْ يُثَبِّتَ زَرْعَهُ، وَعَلَيْهِ أَنْ يَنْقُلَهُ عَنِ الأَرْضِ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ رَبُّ الأَرْضِ تَرْكَهُ. الفصل)[1].

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة: أن يستأجر الرجل أرضاً مدة معلومة ليزرعها زرعاً موصوفاً، فزرعها ثم انقضت المدة قبل استحصاد زرعها، فلا يخلو حال المدة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعلم أن ذلك الزرع يستحصد في مثلها.

والثاني: أن يعلم أنه لا يستحصد في مثلها.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٨ ـ ١٢٩ وتتمة الفصل: (قال الشافعي) وإذا شرط أن يزرعها صنفاً من الزرع يستحصد أن يستقصل قبل السنة، فأخره إلى وقت من السنة، وانقضت السنة قبل بلوغه، فكذلك أيضاً. وإن تكاراها لمدة أقل من سنة وشرط أن يزرعها شيئاً بعينه ويتركه حتى يستحصد، وكان يعلم أنه لا يمكنه أن يستحصد في مثل المدة التي تكاراها، فالكراء فيه فاسد، من قبل أني إن أثبت بينهما شرطهما، ولم أثبت على رب الأرض أن يبقي زرعه فيها بعد انقضاء المدة، أبطلت شرط الزارع أن يتركه حتى يستحصد وإن أثبت له زرعه حتى يستحصد، أبطلت شرط رب الأرض، فكان هذا كراء فاسد، ولرب الأرض كراء مثل أرضه إذا زرعه، وعليه تركه حتى يستحصد».

والثالث: أن يقع الشكّ فيه.

فأما القسم الأول: وهو أن يعلم بجاري العادة أن مثل ذلك الزرع يستحصد في مثل تلك المدة، فانقضت المدة قبل استحصاده، فلا يخلو ذلك من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون تأخر استحصاده لعدوله عن الجنس الذي شرطه إلى غيره، مثل أن يستأجر خمسة أشهر لزرع الباقلا فيزرعها براً، فتنقضي المدة والزرع غير مستحصد، فهذا يؤخذ بقلع زرعه قبل استحصاده. لأنه بعدوله عن الباقلا إلى البر يصير متعدياً، فلم يستحق استيفاء زرع تعدى فيه.

فإن تراضى المؤجر والمستأجر على تركه إلى أوان حصاده بأجرة المثل فيما زاد على المدة، أقر. وإن رضي المستأجر وأبى المؤجر، أو رضي المؤجر وأبى المستأجر من بذل أجرة المثل، قلع.

والقسم الثاني: أن يكون تأخير استحصاده لتأخير بذره من غير عدول عن جنسه، فهذا مفرط، ويؤخذ بقلع زرعه قبل استحصاده، لأن تفريطه لا يلزم غيره. فإن بذل أجرة مثل المدة الزائدة ورضي المؤجر بقبولها، ترك وإلا قلع.

والقسم الثالث: أن يكون تأخير استحصاده لأمر سمائي، من استدامة برد، أو تأخير مطر، أو دوام ثلج، ففيه وجهان:

أحدهما: يترك إلى وقت استحصاده، لأنه لم يكن من المستأجر عدوان ولا تفريط. فإذا ترك إلى وقت الحصاد، ضمن المستأجر أجرة مثل المدة الزائدة على عقده.

والوجه الثاني: أن يؤخذ بقلع زرعه ولا يترك، لأنه قد كان يقدر على الاستظهار لنفسه في استزادة المدة خوفاً من حادث سماء، فلما لم يستظهر صار مفرطاً.

فصل: وأما القسم الثاني: من أقسام الأصل، وهو: أن يعلم بجاري العادة أن مثل ذلك الزرع لا يستحصد في مثل تلك المدة، مثل: أن يستأجرها أربعة أشهر لزرع من بر أو شعير، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشرط قلعه عند تقضي المدة، فهذه إجارة جائزة، لأنه قد يريد زرعه قصيلاً، ولا يريده حباً، فإذا انقضت المدة، أخذ بقلع زرعه وقطعه.

والقسم الثاني: أن يشترط تركه إلى وقت حصاده، فهذه إجارة فاسدة، لأن اشتراط

استيفاء الزرع بعد مدة الإجارة ينافي موجبها، فبطلت. ثم للزارع استيفاء زرعه، لأنه زرع عن إذن اشترط فيه الترك، وعليه أجرة المثل.

والفرق بين هذه المسألة في استيفاء الزرع مع فساد الإجارة، وبين أن يؤخذ بقلعه فيما تقدم من الأقسام مع صحة الإجارة: أن الإجارة إذا بطلت روعي الإذن دون المدة، وإذا صحت روعيت المدة.

والقسم الثالث من هذه الأقسام: أن يطلق العقد فلا يشترط فيه قلعاً ولا تركاً، فقد اختلف أصحابنا: هل إطلاقه يقتضي القلع، أو الترك؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إنه يقتضي القلع اعتباراً بموجب العقد، فعلى هذا، الإجارة صحيحة، ويؤخذ المستأجر بقلع زرعه عند تقضي المدة.

والوجه الثاني: وهو ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه: إن الإطلاق يقتضي الترك إلى أوان الحصاد اعتباراً بالعرف فيه، كما أن ما لم يبد صلاحه من الثمار يقتضي إطلاق بيعه للترك إلى وقت الصرام، اعتباراً بالعرف فيه. فعلى هذا، تكون الإجارة فاسدة، ويكون للمستأجر ترك زرعه إلى وقت حصاده، وعليه أجرة المثل كما لو شرط الترك.

وأما القسم الثالث من أقسام الأصل، وهو أن يقع الشك في تلك المدة: هل يستحصد الزرع فيها كأنه استأجرها خمسة أشهر لزرع البر أو الشعير؟ فقد يجوز أن يستحصد الزرع في هذه المدة في بعض البلاد وبعض السنين، ويجوز أن لا يستحصد، فيكون حكم هذا القسم حكم ما علم أنه يستحصد فيه، ويكون حكم هذا القسم حكم ما علم أنه لا يستحصد فيه على ما مضى إسقاطاً للشك واعتباراً باليقين. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزْنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا تَكَارَى الأَرْضَ الَّتِي لاَ مَاءَ لَهَا، إِنَّمَا يُسْقَى بِنُطَفِ سَمَاءٍ أَوْ بِسَيْلٍ إِنْ جَاءَ، فَلاَ يَصِحُّ كِرَاؤُهَا إِلاَّ عَلَى أَنْ يُكْرِيَهُ أَيَّاهَا أَرْضاً بَيْضَاءَ لاَ مَاءَ لَهَا، يَصْنَعُ بِهَا الْمُسْتَكْرِي مَا شَاءَ فِي سَنَتِهِ، إِلاَّ أَنَّهُ لاَ يَبْنِي وَلاَ يَغْرِسُ، فَإِذَا وَقَعَ عَلَى هَذَا صَحَّ الْكِرَاءُ وَلَزِمَهُ، زَرَعَ أَوْ لَمْ يَزْرَعْ. فَإِنْ أَكْرَاهُ إِيَّاهَا عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا وَلَمْ يَقُلْ أَرْضاً بَيْضَاءَ لاَ مَاءَ لَهَا، وَهُمَا يَعْلَمَانِ أَنَّهَا لاَ تُزْرَعُ إِلاَّ بِمَطَرٍ أَوْ سَيْلٍ يَحْدُثُ، فَالْكِرَاءُ فَاسِدٌ»[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. قد ذكرنا: أن إجارة الأرض للزرع لا تجوز إلا أن يكون لها ماء قائم يغتذي به الزرع.

(١) مختصر المزني: ص ١٢٩.

فإذا كانت الأرض بيضاء لا ماء لها، وإنما تسقى بما يحدث من نطف سماء من مطر أو طل، أو بحدوث سيل من زيادة واد أو نهر، فلا تصح إجارتها للزرع إلا أن يقول: أجرتكها على أنها أرض بيضاء لا ماء لها، لتصنع بها ما شئت، على أن لا تبني ولا تغرس. لأنه إذا لم يشرط هذا، وقد استأجرها للزرع، توهم المستأجر أن المؤجر ملتزم بحفر بئر أو نهر لما عليه من حقوق التمكين، وذلك غير لازم له، فلم يكن بد من شرط ينفي هذا التوهم، ويزيل هذا الاحتمال.

وإذا كان هكذا، فلا يخلو حال العقد من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترط أن لا ماء لها. فالإجارة صحيحة على ما وصفنا، وللمستأجر أن يزرعها ولا يغرسها، ويحفر فيها للزرع بئراً إن شاء، وعليه طمها عند انقضاء المدة.

والقسم الثاني: أن يشترط أن لها ماء. وهو ما يحدث من سيل أو مطر، فالإجارة باطلة لأن السيل والمطر قد يحدث، وقد لا يحدث.

والقسم الثالث: أن يطلق العقد. فلا يشرط أنها بيضاء لا ماء لها، ولا يشرط أن لها ماء يحدث، فلا يخلو حال الأرض من أمرين:

أحدهما: أن تكون رخوة يمكن حفر بئر فيها، أو شق نهر إليها، فالإجارة باطلة لما فيها من احتمال التزام المؤجر لذلك.

والثاني: أن تكون صلبة لا يمكن من حفر بئر فيها ولا شق نهر إليها، كأراضي الجبال، ففيه وجهان حكاهما أبو إسحاق المروزي:

أحدهما: وهو اختياره: أن إجارتها مع عدم الشرط وإطلاق العقد جائزة، لأن استحالة ذلك فيها يغني عن الشرط، ويقوم مقامه.

والوجه الثاني: أن إجارتها مع الإطلاق باطلة ما لم يقترن بها شرط، لأنه مع استحالة حفرها قد يجوز أن ينصرف إلى زرعها بما يحدث من سيل أو سماء.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَتِ الأَرْضُ ذَاتَ نَهرٍ مِثْلِ النِّيلِ وَغَيْرِهِ مِمَّا يَعْلُو الأَرْضَ، عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا زَرْعاً لاَ يَصْلُحُ إِلاَّ بِأَنْ يُرْوَى بِالنِّيلِ، لاَ بِئْرَ لَهَا وَلاَ مَشْرَبَ غَيْرُهُ، فَالْكِرَاءُ فَاسِدٌ)[1].

(١) مختصر المزني: ص ١٢٩.

قال الماوردي: وصورتها: في أرض على نهر يعلو على ماء البئر، فلا يقدر على سقيها إلا بأن يزيد ماء ذلك النهر حتى يعلو فيسقيها كأرض النيل والفرات وما انحدر من أرض دجلة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يؤجرها عند زيادة الماء وعلوه، وإمكان سقي الأرض به. فالإجارة جائزة لوجود الماء وإمكان الزرع، وليس ما يخاف من صدور نقصانه بمانع من صحة الإجارة لأمرين:

أحدهما: أن ما يظن من حدوث الأسباب المفسدة للعقد لا يمنع في الحال من صحته، كموت العبد، وانهدام الدار.

والثاني: أن حدوث النقصان إنما يكون عرفاً بعد اكتفاء الأرض وارتواء الزرع، فلم يكن له تأثير.

والضرب الثاني: أن يؤجرها عند نقصان الماء وقبل زيادته، فالإجارة باطلة لأمرين:

أحدهما: أن زرعها بعد العقد غير ممكن، فصار استيفاء المنفعة متعذراً.

والثاني: أن حدوث الزيادة مظنون قد يحدث ولا يحدث، وقد يحدث منها ما يكفي وما لا يكفي، فلهذين بطلت الإجارة.

فصل: فأما أرض البصرة ذات المد والجزر، فإجارتها للزرع جائزة في وقت المد والجزر. لأنه معتاد لايتغير المد عن وقته، ولا الجزر عن وقته على حسب أيام الشهور، وأحوال القمر لا تختلف عادته ولا يختلف وقته.

فصل: فإذا كانت أرض من أراضي الجبال، قد استقرت فيها نداوة المطر حتى يمكن زرعها به من غير مطر يأتي، ولا سيل يحدث، جاز أن تؤاجر للزرع. وإن لم يكن له ماء مشاهد، لأن زرعها على حالها هذه ممكن، فصارت كالأرض ذات الماء.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا تَكَارَاهَا وَالْمَاءُ قَائِمٌ عَلَيْهَا وَقَدْ يَنْحَسِرُ لاَ مَحَالَةَ فِي وَقْتٍ يُمْكِنُ فِيهِ الزَّرْعُ، فَالْكِرَاءُ جَائِزٌ. وَإِنْ كَانَ قَدْ يَنْحَسِرُ وَلاَ يَنْحَسِرُ، كَرِهْتُ الْكِرَاءَ إِلاَّ بَعْدَ انْحِسَارِهِ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٩.

قال الماوردي: وصورتها: في أرض دخلها الماء حتى غلا عليها، وأقام فيها، فاستؤجرت للزرع، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الماء كثيراً يمنع من مشاهدتها لكدره وكثرته، ولم تتقدم رؤية المستأجر لها قبل علوه، فالإجارة باطلة للجهل بحال ما تناوله العقد.

والضرب الثاني: أن يكون الماء صافياً لا يمنع من مشاهدتها، أو يكون قد تقدم رؤية المستأجر لها قبل علو الماء عليها، وإن كان مانعاً من مشاهدتها فهما في الحكم سواء، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يستأجرها لما يمكن زرعه مع بقاء الماء عليها كالأرز، فالإجارة جائزة.

والضرب الثاني: أن لا يمكن زرعه مع بقاء الماء عليه كالحنطة، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعلم بجاري العادة أن الماء لا ينحسر عنها قبل وقت الزراعة، فالإجارة باطلة، لأن استيفاء ما استؤجرت له متعذر.

والقسم الثاني: أن يشك في انحسار الماء عنها قبل وقت الزراعة، فالإجارة باطلة إسقاطاً للشك واعتباراً باليقين في بقاء الماء، والله أعلم.

والقسم الثالث: أن يعلم أن الماء ينحسر عنها يقيناً قبل وقت الزراعة، فإن كان ذلك لأن لها مغيضاً يمكن إذا فتح الماء أن يغيض فيه، فالإجارة جائزة للقدرة على إرسال مائها، والمكنة من زراعتها. وإن كان ذلك للعادة الجارية فيها، فإنها تشرب ماءها، وتنشفه الأرض والرياح عرفاً قائماً فيها، وعادة جارية لا يختلف فيها، ففي صحة إجارتها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي، والظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه: إن الإجارة جائزة لما استقر من العرف فيها.

والوجه الثاني: حكاه أبو علي بن أبي هريرة عن بعض المتقدمين: إن الإجارة باطلة لأن زرعها في الحال غير ممكن وارتقاء الماء عليها يقين.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ غَرَّقَهَا بَعْدَ أَنْ صَحَّ كِرَاؤُهَا، نِيلٌ، أَوْ سَيْلٌ، أَوْ شَيْءٌ يُذْهِبُ الأَرْضَ، أَوْ غُصِبَتِ انْتَقَضَ الْكِرَاءُ بَيْنَهُمَا مِنْ يَوْمِ تَلِفَتِ الأَرْضُ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص١٢٩.

قال الماوردي: وصورتها: في أرض استؤجرت للزرع فغرقت أو غصبت، فلا يخلو حال غرقها أو غصبها من أحد أمرين:

إما أن يكون زماناً يسيراً كالثلاث فما دون، فالإجارة صحيحة لا تبطل بما حدث من غرقها أو غصبها في هذه المدة اليسيرة، لكنه عيب قد طرأ، والمستأجر لأجله بالخيار بين المقام أو الفسخ، وإن كان الزمان كثيراً فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون في ابتداء المدة من حين الإجارة، فقد بطلت للحائل بين المستأجر وما استأجره، كما لو مات العبد أو انهدمت الدار، ثم للمستأجر أن يرجع بالأجرة كلها.

والضرب الثاني: أن يكون بعد مضي بعض المدة، كأنه مضى من المدة نصفها وبقي نصفها، فالإجارة فيما بقي منها باطلة. ثم مذهب الشافعي رضي الله عنه: جوازها فيما مضى.

ومن أصحابنا من خرج قولاً ثانياً: إنها باطلة فيما مضى، لبطلانها فيما بقي جمعاً للصفقة ومنعاً من تفريقها في الحكم، وهو تخريج فاسد، لما تقدم من تعليل فساده.

فإذا قيل: بهذا التخريج في بطلان ما مضى وما بقي، رجع المستأجر بجميع المسمى، ورجع المؤجر بأجرة مثل ما مضى.

وإذا قيل: بصحتها فيما مضى، وان تبطل فيما بقي، فالمذهب: لزومه وسقوط خيار المستأجر فيه؛ فعلى هذا يقيم عليه بقسطه من الأجرة.

وفيه وجه آخر: أن له فيه الخيار لما حدث من تفريق الصفقة بين المقام أو الفسخ، فإن فسخ التزم أجرة مثل ما مضى، ورجع بالمسمى. وإن أقام، فأصح القولين:

أنه يقيم بقسطه من الأجرة.

والثاني: وهو مخرج، أنه يقيم بكل الأجرة، وإلا فسخ.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ تَلِفَ بَعْضُهَا وَبَقِيَ بَعْضٌ وَلَمْ يَزْرَعْ، فَرَبُّ الزَّرْعِ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ مَا بَقِيَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الْكِرَاءِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا، لأَنَّ الأَرْضَ لَمْ تُسَلَّم لَهُ كُلَّهَا. وَإِنْ كَانَ زَرَعَ بَطَلَ عَنْهُ مَا تَلِفَ، وَلَزِمَهُ حِصَّةُ مَا زَرَعَ مِنَ الْكِرَاءِ. وَكَذَا إِذَا جَمَعَتِ الصَّفْقَةُ مِائَةَ صَاعٍ بِثَمَنٍ مَعْلُوم فَتَلِفَ خَمْسُونَ صَاعاً، فَالْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ فِي أَنْ يَأْخُذَ

الْخَمْسِينَ بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ أَوْ يَرُدَّ الْبَيْعَ لأَنَّهُ لَمْ يُسَلَّمْ لَهُ كُلُّ مَا اشْتَرَى. وَكَذَلِكَ لَوِ اكْتَرَى دَاراً فَانْهَدَمَ بَعْضُهَا، كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ مِنْهَا مَا بَقِيَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الْكِرَاءِ، وَهَذَا بِخِلاَفِ مَا لاَ يَتَبَعَّضُ مِنْ عَبْدٍ اشْتَرَاهُ فَلَمْ يَقْبِضْهُ حَتَّى حَدَثَ بِهِ عَيْبٌ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ أَخْذِهِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ أَوْ رَدِّهِ، لأَنَّهُ لَمْ يَسْلَمْ لَهُ مَا هُوَ غَيْرُ مَعِيبٍ، وَالْمَسْكَنُ يَتَبَعَّضُ مِنَ الْمَسْكَنِ مِنَ الدَّارِ، وَالأَرْض كَذَلِكَ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل استأجر أرضاً فغرّق السيل بعضها وبقي بعضها، فالإجارة في الذي غرق منها باطلة.

ثم المذهب: أنها في الباقي منها جائزة، وهو بالخيار: في فسخ الإجارة فيه، أو أخذه بقسطه من الأجرة لتقسيط الأجرة على أجزاء الأرض، كتقسيط ثمن الصبرة على أجزاء الصبرة. وليس كالعبد الذي إذا قطعت يده لم يتقسط عليه الثمن، كان ذلك عيباً يوجب خيار المشتري في أخذه بجميع الثمن، أو فسخ البيع فيه.

وقد خرج قول: إن الإجارة باطلة فيما بقي لبطلانها فيما غرق، ويمنع المستأجر من زرع الباقي، فإن زرعه ضمن أجرة مثله دون المسمى، وليس بصحيح.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ مَرَّ بِالأَرْضِ مَاءٌ فَأَفْسَدَ زَرْعَهُ، أَوْ أَصَابَهُ حَرِيقٌ، أو جراد، أَوْ غَيْرُ ذَلِكَ، فَهَذَا كُلُّهُ جَائِحَةٌ عَلَى الزَّرْعِ لاَ عَلَى الأَرْضِ، كَمَا لَوِ اكْتَرَى مِنْهُ دَاراً لِلْبَزِّ فَاحْتَرَقَ الْبَزُّ)[2].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا استأجر الرجل أرضاً، فزرعها، ثم هلك الزرع بزيادة ماء، أو لشدة برد، أو دوام ثلج، أو أكل جراد، فالإجارة بحالها ولا خيار للمستأجر فيها؛ لأن الأرض المعقود عليها سليمة يمكن استيفاء منافعها. وإنما حدثت الجائحة في مال المستأجر، لا في المعقود عليه، فلم يؤثر ذلك في العقد. كما لو أجره دكاناً للبز، فاحترق البز، لم تبطل الإجارة لسلامة المعقود عليه، ولو احترق الدكان بطلت الإجارة لتلف المعقود عليه.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوِ اكْتَرَاهَا لِيَزْرَعَهَا قَمْحاً فَلَهُ أَنْ يَزْرَعَهَا مَا لاَ يَضُرُّ بِالأَرْضِ إِلاَّ إِضْرَارَ الْقَمْحِ)[3].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٩.

(٢) مختصر المزني: ص ١٢٩.

(٣) مختصر المزني: ص ١٢٩.

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا استأجر أرضاً ليزرعها حنطة، فله أن يزرع الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة، أو أقل؛ وليس له أن يزرعها ما ضرره أكثر من ضرر الحنطة.

وقال داود بن علي: لا يجوز إذا استأجرها لزرع الحنطة أن يزرعها غير الحنطة، وإن كان ضرره أقل من ضرر الحنطة استدلالاً بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1]، فلم يجز العدول عما تضمنه العقد.

قال: ولأنه لما لم يجز إذا اشترى بدراهم بأعيانها أن يدفع غيرها من الدراهم وإن كانت مثلها، لما فيه من العدول عما اقتضاه العقد، كذلك في إجارة الأرض لزرع الحنطة لا يجوز أن يعدل فيها عن زرع الحنطة.

ودليلنا: هو أن ذكر الحنطة في إجارة الأرض إنما هو لتقدير المنفعة به، لا لتعيين استيفائه. ألا تراه لو تسلم الأرض ولم يزرعها لزمته الأجرة، لأن ما تقدرت به المنفعة المستحقة قد كان ممكناً من استيفائه، ولو تعين الاستيفاء بالعقد ما لزمته الأجرة؟.

فإذا ثبت أن ذكر الحنطة لتقدير المنفعة، فهو إذا استوفى المنفعة، بما تقدرت به في العقد وبغيره جاز. كما لو استأجر لحمل قفيز من حنطة فحمل قفيزاً غيره، وكما لو استأجرها ليزرع حنطة بعينها فزرع غيرها. ولأن عقد الإجارة يتضمن أجرة يملكها المؤجر، ومنفعة يملكها المستأجر، فلما جاز للمؤجر أن يستوفي حقه من الأجرة كيف شاء بنفسه وبوكيله وبمن يحيله، جاز للمستأجر أن يستوفي حقه من المنفعة كيف شاء بزرع الحنطة، وغير الحنطة، وبإعارتها لمن يزرعها، وبتركها وتعطيلها.

فأما استدلاله بقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[2] فمثل الحنطة مما تضمنه العقد بما دللنا.

وأما الجواب عما استدل به من تعيين الأثمان بالعقد فكذا في الإجارة، فهو: أن الفرق بينهما في التعيين متفق عليه، لأن الدراهم تتعين بالعقد حتى لا يجوز العدول إلى جنسها، والحنطة لا تتعين في عقد الإجارة، وإنما الخلاف في تعيين جنسها. ألا تراه لو استأجرها لزرع حنطة بعينها، جاز له العقود إلى غيرها من الحنطة، فكذلك يجوز أن يعدل إلى غير الحنطة؟.

---

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

(٢) سورة المائدة، الآية: ١.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، لم يخل حال من استأجر أرضاً لزرع الحنطة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يستأجرها لزرع الحنطة وما أشبهها، فيجوز له بوفاق داود أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة، مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل. إلا أن داود يجيزه بالشرط، ونحن نجيزه بالعقد، و الشرط تأكيد.

والقسم الثاني: أن يستأجرها لزرع الحنطة، ويغفل ذكر ما سوى الحنطة. فهذا القسم الذي خالف فيه داود، فمنعه من زرع غير الحنطة، ويجوز له عندنا أن يزرعها غير الحنطة مما ضرره كضرر الحنطة أو أقل.

والقسم الثالث: أن يستأجرها لزرع الحنطة على أن لا يزرع ما سواها، ففيه ثلاثة أوجه حكاها ابن أبي هريرة:

أحدها: أن الإجارة باطلة، لأنه شرط فيها ما ينافي موجبها.

والوجه الثاني: أن الإجارة جائزة، والشرط باطل، وله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة، لأنه لا يؤثر في حق المؤجر، فألغي.

والوجه الثالث: أن الإجارة جائزة والشرط لازم، وليس له أن يزرعها غير الحنطة، لأن منافع الإجارة إنما تملك بالعقد على ما سمي فيه. ألا تراه لو استأجرها للزرع لم يكن له الغرس، فكذلك إذا استأجرها لنوع من الزرع؟.

مسألة: **قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِهَا مِثْلِ عُرُوقٍ تَبْقَى فِيهَا فَلَيْسَ ذَلِكَ، فَإِنْ فَعَلَ فَهُوَ مُتَعَدٌّ، وَرَبُّ الأَرْضِ بِالْخَيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْكِرَاءَ وَمَا نَقَصَتِ الأَرْضُ عَمَّا يُنْقِصُهَا زَرْعُ الْقَمْحِ، أَوْ يَأْخُذُ مِنْهُ كِرَاءَ مِثْلِهَا. (قَالَ الْمُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ الأَوَّلُ أَوْلَى، لأَنَّهُ أَخَذَ مَا اكْتَرَى وَزَادَ عَلَى الْمُكْرِي ضَرَراً، كَرَجُلٍ اكْتَرَى مَنْزِلاً يُدْخِلُ فِيهِ مَا يَحْمِلُ سَقْفُهُ، فَحَمَلَ فِيهِ أَكْثَرَ فَأَضَرَّ ذَلِكَ بِالْمَنْزِلِ، فَقَدِ اسْتَوْفَى سُكْنَاهُ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ ضَرَرِهِ. وَكَذَلِكَ لَوِ اكْتَرَى مَنْزِلاً سُفْلاً فَجَعَلَ فِيهِ الْقَصَّارِينَ أَوِ الْحَدَّادِينَ، فَتَقَلَّعَ الْبِنَاءُ، فَقَدِ اسْتَوْفَى مَا اكْتَرَاهُ، وَعَلَيْهِ بِالتَّعَدِّي مَا نَقَصَ بِالْمَنْزِلِ)[1].**

قال الماوردي: إذا استأجر أرضاً لزرع الحنطة، لم يكن له أن يغرسها ولا أن يزرعها

(١) مختصر المزني: ص ١٢٩.

ما هو أكثر ضرراً من الحنطة كالدخن والكتان والذرة، فإن فعل فقد تعدى. ويؤخذ بقلع زرعه لأنه غير مأذون فيه كالغاصب، وهل يصير بذلك ضامناً لرقبة الأرض حتى يضمن قيمتها إن غصبت أو تلفت بسيل؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي حامد الإسفراييني: إنه يضمنها، لأنه قد صار بالعدول عما استحقه غاصباً، والغاصب ضامن.

والوجه الثاني: وهو الأصح: أنه لا يضمن رقبة الأرض، لأن تعديه في المنفعة لا في الرقبة.

فإن تمادى الأمر بمستأجرها حتى حصد زرعه، ثم طولب بالأجرة. فالذي نص عليه الشافعي: أن رب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وما نقصت الأرض، وبين أن يأخذ أجرة المثل.

فاختلف أصحابنا، فكان المزني وأبو إسحاق المروزي، وأبو علي بن أبي هريرة: يخرجون تخيير الشافعي رضي الله عنه على قولين:

أحدهما: أن رب الأرض يرجع بأجرة المثل دون المسمى، لأن تعدي الزارع بعدوله عن الحنطة إلى ما هو أضر منها كتعديه بعدوله عن الأرض إلى غيرها؛ فلما كان بعدوله إلى غير الأرض ملتزماً لأجرة المثل دون المسمى، فكذلك بعدوله إلى غير الحنطة.

والقول الثاني: أنه يرجع بالمسمى من الأجرة، وينقص الضرر الزائد على الحنطة. لأنه قد استوفى ما استحقه وزاد، فصار كمن استأجر بعيراً من مكة إلى المدينة فتجاوز به إلى البصرة، فعليه المسمى وأجرة المثل في الزيادة.

وقال الربيع، وأبو العباس بن سريج، وأبو حامد المروزي: إن المسألة على قول واحد، وليس التخيير منه اختلافاً للقول فيها، فيكون رب الأرض بالخيار بين أن يرجع بالمسمى وما نقصت الأرض بالزيادة كالمتجاوز بركوب الدابة، وبين أن يفسخ الإجارة ويرجع بأجرة المثل لأنه عيب قد دخل عليه، فجاز أن يكون به مخيراً بين المقام أو الفسخ.

فأما المزني، فإنه اختار أن يرجع بالمسمى وما نقصت الأرض، واستدل بمسألتين:

إحداهما: أن يستأجر بيتاً لحمولة مسماة فيعدل إلى غيرها، فهذا ينظر: فإن استأجر سفل بيت ليحرز فيه مائة رطل حديد، فأحرز فيه مائة وخمسين رطلاً، أوعدل عن الحديد

إلى القطن، فلا ضمان عليه لأن سفل البيت لا تؤثر فيه هذه الزيادة، ولا العدول عن الجنس. وإن كان علو بيت تكون الحمولة على سقفه، فإن كانت الإجارة لمائة رطل من حديد فوضع عليه مائة وخمسين رطلاً، فهذه زيادة متميزة فيلزمه المسمى من الأجرة، وأجرة مثل الزيادة. وإن كان قد استأجره لمائة رطل قطناً، فوضع فيه مائة رطل من حديد، فهذا ضرر لا يتميز، لأن القطن يتفرق على السقف، والحديد يجتمع في موضع منه، فكان أضر، فيكون رجوع المؤجر على ما ذكرنا من اختلاف أصحابنا في القولين.

والمسألة الثانية: من دليل المزني على اختياره: أن يستأجر داراً للسكنى فيسكن فيها حدادين أو قصارين، أو ينصب فيها رحى، فهذه زيادة ضرر لا يتميز، فيكون رجوع المؤجر على ما وصفنا من اختلاف أصحابنا في القولين، فلم يكن للمزني فيما استشهد به دليل من مذهب ولا حجاج.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ قَالَ لَهُ: ازْرَعْهَا مَا شِئْتَ، فَلَا يُمْنَعُ مِنْ زَرْعِ مَا شَاءَ، وَلَوْ أَرَادَ الْغِرَاسَ فَهُوَ غَيْرُ الزَّرْعِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا استأجرها ليزرعها ما شاء، صح الكراء، وله أن يزرعها جميع أصناف الزرع مما يكثر ضرره أو يقل. فإن زرعها ما يكثر ضرره، فقد استوفى جميع حقه. وإن زرع ما يقل ضرره، فقد استوفى بعض حقه، وسامح ببعضه.

فإن قيل: فهلا بطلت الإجارة، كما لو استأجر دابة ليحمل عليها ما شاء؟.

قيل: الفرق بينهما: أنه قد يشاء أن يحمل على الدابة ما لا تحتمله فتهلك، وليس يشاء أن يزرع الأرض مما لا تحتمله، لأنه إن شاء أن يزرع ما تضعف الأرض عن احتماله هلك الزرع دون الأرض؟.

فأما إذا استأجرها للزرع فأراد الغرس، لم يكن له ذاك، لأن ضرر الغرس أكثر من ضرر الزرع من وجهين:

أحدهما: أنه أدوم بقاء من الزرع.

والثاني: أنه أنشر عروقاً في الأرض من عروق الزرع ولكن لو استأجرها للغرس فأراد

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٩.

الزرع، كان له، لأن ضرر الزرع أقل، وله أن يستوفي بعض حقه، وليس له أن يزيد على حقه.

فلو استأجرها للغرس، فأراد أن يبني فيها لم يجز، لأن ضرر البناء قد يزيد على ضرر الغرس في صلابة الأرض وخشونتها، ولو استأجرها للبناء لم يكن له أن يزرع ولا يغرس لأن الزرع والغرس يفسدها ويرخيها.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ قَالَ: ازْرَعْهَا أَوِ اغْرِسْهَا مَا شِئْتَ، فَالْكِرَاءُ جَائِزٌ. (قَالَ الْمَزْنِيُّ): أَوْلَى بِقَوْلِهِ أَنْ لاَ يَجُوز هَذَا، لأَنَّهُ لاَ يَدْرِي يَغْرِسُ أَكْثَرَ الأَرْضِ فَيَكْثُرُ الضَّرَرُ عَلَى صَاحِبِهَا، أَوْ لاَ يَغْرِسُ فَتَسْلَمَ أَرْضُهُ مِنَ النُّقْصَانِ بِالْغَرْسِ، فَهَذَا فِي مَعْنَى المَجْهُولِ، وَمَا لاَ يَجُوزُ فِي مَعْنَى قَوْلِهِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ)[1].

قال الماوردي: وهذا الفصل يشتمل على ثلاث مسائل:

إحداها: أن يقول: قد أجرتكها لتزرعها إن شئت، أو تغرسها إن شئت، فالإجارة صحيحة، وهو مخير بين: زرعها إن شاء، وبين غرسها. فإن زرع بعضها وغرس بعضها جاز، لأنه لما جاز له غرس الجميع كان غرس البعض أولى بالجواز.

والمسألة الثانية: أن يقول: قد أجرتكها لتزرعها أو تغرسها، فالإجارة باطلة لأنه لم يجعل له الأمرين معاً ولا أحدهما معيناً، فصار ما أجره له مجهولاً.

والمسألة الثالثة: أن يقول: قد أجرتكها لتزرعها وتغرسها، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو مذهب المزني: إن الإجارة باطلة. لأنه لما لم يخيِّره بين الأمرين وجمع بينهما، صار ما يزرع منها ويغرس مجهولاً، وهذا قول أبي إسحاق.

والوجه الثاني: وهو ظاهر كلام الشافعي، وقاله ابن أبي هريرة: إن الإجارة صحيحة، وله أن يزرع النصف، ويغرس النصف، لأن جمعه بين الأمرين يقتضي التسوية بينهما. فلو زرع جميعها جاز، لأن زرع النصف المأذون في غرسه أقل ضرراً. ولو غرس جميعها لم يجز، لأن غرس النصف المأذون في زرعه أكثر ضرراً.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ نَقَصَتْ سِنُوهُ لَمْ يَكُنْ لِرَبِّ الأَرْضِ أَنْ يَقْلَعَ غَرْسَهُ حَتَّى يُعْطِيَهُ قِيمَتَهُ وَقِيمَةَ ثَمَرَتِهِ إِنْ كَانَتْ فِيهِ يَوْمَ قلعه. (قَالَ الشَّافِعِيُّ) رَحِمَهُ

---

(١) مختصر المزني: ص ١٢٩.

اللَّهُ: وَلِرَبِّ الغرَاسِ إِنْ شَاءَ أَنْ يَقْلَعَهُ عَلَى أَنَّ عَلَيْهِ مَانَقَصَ الأَرْضَ وَالغِرَاسَ، كَالبِنَاءِ إِذَا كَانَ بِإِذْنِ مَالِكِ الأَرْضِ مُطْلَقاً. وما اكترى فاسداً وقبضها ولم يزرعْ ولم يسكنْ حتى انقضت السنّةُ، فعليه الكراء (قَالَ المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: القِيَاسُ عِنْدِي وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ: أَنَّهُ إِذَا أَجَّلَ لَهُ أَجَلاً يَغْرِسُ فِيهِ، فَانْقَضَى الأَجَلُ، أَوْ أَذِنَ لَهُ بِبِنَاءٍ فِي عَرَصَةٍ لَهُ سِنِينَ وَانْقَضَى الأَجَلُ، أَنَّ الأَرْضَ وَالعَرَصَةَ مَرْدُودَتَانِ لِأَنَّهُ لَمْ يُعِرهُ شَيْئاً، فَعَلَيْهِ رَدُّ مَا لَيْسَ لَهُ فِيهِ حَقٌّ عَلَى أَهْلِهِ، وَلاَ يُجْبَرُ صَاحِبُ الأَرْضِ عَلَى غِرَاسٍ وَلاَ بِنَاءٍ إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ، وَاللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ: ﴿إِلاَّ أَنْ تَكُنَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ وَهَذَا قَدْ مَنَعَ مَالَهُ إِلاَ أَنْ يَشْتَرِي مَا لاَ يَرْضَى شِرَاءَهُ، فَأَيْنَ التَّرَاضِي؟)[1].

قال الماوردي: وصورتها: فيمن استأجر أرضاً ليبني فيها ويغرس، فانقضى الأجل والبناء والغراس قائم في الأرض، فليس له بعد انقضاء الأجل أن يحدث بناء ولا غرساً. فإن فعل كان متعدياً، وأخذ بقلع ما أحدثه بعد الأجل من غرس وبناء.

فأما القائم في الأرض قبل انقضاء الأجل، فلا يخلو حالهما فيه عند العقد من ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يشترطا قلعه عند انقضاء المدة، فيؤخذ المستأجر بقلع غرسه وبنائه لما تقدم من شرطه، وليس عليه تسوية ما حدث من حفر الأرض لأنه مستحق بالعقد.

والحال الثانية: أن يشترطا تركه بعد انقضاء المدة، فيقر ولا يفسد العقد بهذا الشرط، لأنه من موجباته، لو أخل بالشرط، ويصير بعد انقضاء المدة مستعيراً على مذهب الشافعي رضي الله عنه فلا تلزمه أجرة، وعلى مذهب المزني: عليه أجرة ما لم يصرح له بالعارية.

فإن قلع المستأجر غرسه وبناءه، لزمه تسوية ما حدث من حفر الأرض لأنه لم يستحقه بالعقد، وإنما استحقه بالملك. وهذا قول جميع أصحابنا، وإنما اختلفوا في تعليله، فقال بعضهم: العلة فيه أنه لم يستحقه بالعقد، وهو التعليل الذي ذكرناه، فعلى هذا لو قلعه قبل انقضاء المدة لم يلزمه تسوية الأرض.

والحال الثالثة: أن يطلقا العقد فلا يشترطان فيه قلعه ولا تركه، فينظر: فإن كان قيمة الغرس والبناء مقلوعاً كقيمته قائماً، أخذ المستأجر بقلعه لأنه لا ضرر يلحقه فيه، ولا نقص. وإن كان قيمته مقلوعاً أقل من قيمته قائماً، وهو الأغلب، نظر: فإن بذل رب

(١) مختصر المزني: ص ١٢٩.

الأرض قيمة الغرس والبناء قائماً، أو ما بين قيمته قائماً أو مقلوعاً، لم يكن للمستأجر تركه؛ لأن ما يدخل عليه من الضرر بقلعه يزول ببذل القيمة أو النقص.

وقيل: لا نجبرك على أخذ القيمة، ولكن نخيرك بين أن تقلعه أو تأخذ قيمته، وليس لك إقراره وتركه.

وإن لم يبذل رب الأرض قيمة الغرس والبناء ولا قدر النقص، نظر في المستأجر: فإن امتنع من بذل أجرة المثل بعد تقضي المدة، لم يكن له إقرار الغرس والبناء، وأخذ بقلعه. وإن بذل أجرة المثل مع امتناع رب الأرض من بذل القيمة أو النقص، فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه: أن الغرس والبناء مقر لا يؤخذ المستأجر بقلعهما، ويؤخذ أجرة مثلهما.

وقال أبو حنيفة والمزني: ويؤخذ المستأجر بقلعهما، ولا يجبر رب الأرض بعد انقضاء المدة على تركهما، استدلالاً بما ذكره المزني من قول الله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1]. وليس من رب الأرض رضي بالترك فلم يجبر عليه. ولأنه لما أخذ بقلع زرعه عند انقضاء المدة لم يقر إلى أوان حصاده، مع أن زمان حصاده محدود، فلأن يؤخذ بقلع الغرس والبناء مع الجهل بزمانهما أولى. ولأن تحديد المدة يوجب اختلاف الحكم في الاستيفاء، كما أوجب اختلاف الحكم في إحداث الغرس والبناء. وهذا المذهب أظهر حجاجاً وأصح اجتهاداً.

واستدلال أصحابنا على تركه وإقراره، بقوله ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»[2]. فاقتضى ذلك وقوع الفرق بين الظالم والمحق، فلم يجز أن يسوي بينهما في الأخذ بالقلع.

قالوا: ولأن من أذن لغيره في إحداث حق في ملكه، كان محمولاً فيه على العرف المعهود في مثله. كمن أذن لجاره في وضع أجذاعه في جداره، كان عليه تركه على الأبد، ولم يكن له أخذه بقلعها، لأن العادة جارية باستدامة تركها. كذلك الغرس والبناء العادة فيهما جارية بالترك والاستيفاء، دون القلع والتناول، فحملا على العادة فيهما. وهذا الاستدلال يفسد بالزرع، لأن العادة جارية بتركه إلى أوان حصاده، ثم هي غير معتبرة حين يؤخذ بقلعه، والله أعلم.

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٢) سبق تخريجه.

فصل: وإذا كانت الإجارة فاسدة، فبنى المستأجر فيها وغرس، فهو في الاقرار والترك على ما ذكرناه في الإجارة الصحيحة، لأن الفاسد من كل عقد حكمه حكم الصحيح في الأمانة والضمان.

فصل: وإذا أراد المستأجر بيع بنائه وغرسه قائماً في الأرض، فإن باعه على رب الأرض جاز، وإن باعه على غيره ففي البيع وجهان:

أحدهما: باطل، لأن ملك المستأجر عليه غير مستقر، لأن رب الأرض متى بذل له قيمته أجبر على أخذها، أو قلعه.

والوجه الثاني: أن البيع جائز، لأن ما يخاف من زوال ملكه في الثاني لا يمنع من جواز بيعه في الحال، كالمبيع إذا استحقت فيه الشفعة.

وهكذا رب الأرض إذا أراد بيعها. فإن باعها على مالك الغرس والبناء جاز، وإن باعها على غيره كان على هذين الوجهين. ولكن لو اجتمع رب الأرض وصاحب الغرس والبناء على البيع جاز، وكان الثمن مقسطاً على القيمتين.

فصل: فأما إذا أراد المزارع بيع الإجارة والعمارة، فقد قال أبو حنيفة: إن كانت له إثارة جاز له بيعها، وإن لم يكن له إثارة لم يجز، لأنه يصير إدخال يد بدلاً من يده بثمن.

وقال مالك: يجوز له بيعها في الأحوال كلها، ويجعل الأكار شريكاً لرب الأرض بعمارته، وعلى مذهب الشافعي رضي الله عنه، لا يجوز بيع العمارة ما لم تكن أعياناً، لأن عمارة الأرض تبع لها.

فصل: وإذا دفع الرجل أرضه إلى رجل ليبني فيها ويغرس على أن يكون ذلك بينهما نصفين، لم يجز، وكانت الأرض على ملك ربها، والغراس والبناء على ملك ربه. وله إقراره ما بقي. وعليه أجرة المثل.

وقال مالك: يجوزأن يدفع الرجل أرضه إلى رجل ليغرسها فسيلاً، فإذا صارت الفسيلة على ثلاث سعفان كانت الأرض والنخل بينهما. وهذا مذهب يغني ظهور فساده عن إقامة دليل عليه.

فصل: وإذا وقف صاحب الغرس والبناء غرسه وبناءه قائم صح للوقف، ولم يكن لرب الأرض أن يبذل له قيمة ذلك قائماً، لأنه وقف لا يصح بيعه. وله أن يأخذ الواقف بقلعه إن

بذل له أرش نقصه، فإذا قلعه لزمه أن ينقله إلى أرض أخرى يكون وقفاً فيها جارياً على سبيله.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَا اكْتَرَى فَاسِداً وَقَبَضَهَا وَلَمْ يَزْرَعْ وَلَمْ يَسْكُنْ حَتَّى انْقَضَتِ السَّنَةُ، فَعَلَيْهِ كِرَاءُ المِثْلِ)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا، أن ما قبضه المستأجر عن عقد صحيح فمنافعه مضمونة عليه، سواء تصرف فيه أو لم يتصرف. فأما ما قبضه عن عقد فاسد من أرض أو دار، فهو أيضاً ضامن أجرة مثلها، سواء سكن وتصرف أو لم يسكن ولم يتصرف.

وقال أبو حنيفة: إن تصرف ضمن الأجرة، وإن لم يتصرف لم يضمنها، استدلالاً بأنه عقد لا يستحق فيه التسليم فلم يستحق فيه العوض إلا بالانتفاع، كالنكاح الفاسد طرداً، والصحيح عكساً.

ودليلنا: هو أنها منافع يضمنها في العقد الصحيح، فوجب أن يضمنها في العقد الفاسد، وإن تصرف. ولأن ما ضمنه من المنافع بالتصرف، ضمنها بالتلف على يده من غير تصرف كالعقد الصحيح، ولأن المنافع جارية مجرى الأعيان في المعاوضة والإباحة. ثم ثبت أن ما قبض من الأعيان عن عقد فاسد فهو مضمون عليه، سواء تلف بتصرفه أو غير تصرفه، كالعقد الصحيح وجب أن تكون المنافع إذا تلفت مضمونة في العقد الفاسد كضمانها في العقد الصحيح.

فأما الجواب عن قياسه على النكاح الفاسد، فهو: أنه إن كانت المنكوحة حرة، فالحرة لم تزل يدها عن نفسها ولا عن بضعها، فلذلك لم يضمن مهر بضعها إلا بالتصرف. وإن كانت أمة، فإنه وإن إستقر الغصب على منافعها فهو غير مستقر على بضعها، بل يدها عليه أثبت؛ ولذلك وجب على الغاصب أجرة مثلها، إستخدم أو لم يستخدم، ولم يجب عليه مهر مثلها ما لم يستمتع بها. ولذلك منع سيد الأمة من بيعها إذا غصب، لأن يد الغاصب حائلة، ولم يمنع من تزويجها إذا غصبت، لأنه ليس للغاصب على البضع يد حائلة. والله أعلم وأحكم.

---

(١) مختصر المزني: ورد هذا النص في المسألة السابعة، ص ١٣٠.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِذَا اكْتَرَى دَاراً سَنَةً فَغَصَبَهَا رَجُلٌ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ كِرَاءٌ لأَنَّهُ لَمْ يُسَلَّمْ لَهُ مَا اكْتَرَى)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا غصبت الأرض المستأجرة من يد المستأجر فله الفسخ، وهل تبطل الإجارة بالغصب؟ على قولين:

أصحهما: باطلة، والمستأجر بريء من أجرة مدة الغصب. ولا يكون المستأجر خصماً للغاصب فيها، لأن خصم الغاصب إنما هو المالك أو وكيله، وليس المستأجر مالكاً ولا وكيلاً، فلم يكن خصماً.

والقول الثاني: إن الإجارة لا تبطل، لأن غاصبها ضامن لمنافعها. لكن يكون المستأجر بحدوث الغصب مخيراً بين المقام والفسخ، فإن فسخ سقطت عنه الأجرة ولم يكن خصماً للغاصب فيها. وإن أقام، فعليه المسمى، ويرجع بأجرة المثل على الغاصب، ويصير خصماً له في الأجرة دون الرقبة؛ إلا أن يبقى من مدة الإجارة شيء، فيجوز أن يصير خصماً في الرقبة ليستوفي حقه من المنفعة.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا اكْتَرَى أَرْضاً مِنْ أَرْضِ العُشْرِ أَوِ الخَرَاجِ، فَعَلَيْهِ فِيمَا أَخْرَجَتِ الصَّدَقَةُ. خَاطَبَ اللَّهُ تَعَالَى المُؤْمِنِينَ فَقَالَ: ﴿وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ وَهَذَا مَالُ مُسْلِمٍ، وَحَصَادُ مُسْلِمٍ، فَالزَّكَاةُ فِيهِ وَاجِبَةٌ)[٢].

قال الماوردي: وجملة الأرضين، ضربان: أرض عشر، وأرض خراج.

فأما أرض العشر، فهو ما أحياه المسلمون، أو غنموه فاقتسموه، أو أسلموا عليه فملكوه، فالعشر في زرعها واجب إن زرعها مسلم، ولا عشر فيه إن كان الزرع لمشترك.

وقال أبو حنيفة: إذا اشترى الذمي أرض عشر صارت أرض خراج، ولا تعود إلى العشر أبداً.

وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى: يضاعف عليه العشر ويكون فيئاً، فإن عادت إلى مسلم حولت إلى العشر.

وقال مالك: يجبر الذمي على بيعها، ولا تقر في يده، ولا يؤخذ منه عشر.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٠.
(٢) مختصر المزني: ص ١٣٠ وسورة الأنعام، الآية: ١٤١.

وعلى مذهب الشافعي رضي الله عنه: أن أرض العشر لا تنتقل إلى الخراج أبداً، فإن ملكها ذمي أقرت في يده ولا عشر عليه، وإن ملكها مسلم أخذ منه العشر عن زرعها. فلو أجرها المالك وزرعها المستأجر، كان عشر زرعها واجباً على الزارع المستأجر دون المؤجر المالك.

وقال أبو حنيفة: العشر على المؤجر دون المستأجر، لأنه قد عاوض على الأرض، فانتقل الحق إليه.

وهذا خطأ، لقوله تعالى: ﴿وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾[١] ولقوله ﷺ: «فِيمَا سَقَتِ السَّمَاءُ الْعشْرُ»[٢] ولأن من ملك زرعاً التزم عشره إن كان من أهله كالمستعير، ولأن اعتياض المؤجر عن منافع الأرض لا يوجب التزام حقوق الزرع كالنفقة.

فصل: وأما أرض الخراج فضربان: خراج يكون جزية، وخراج يكون أجرة.

فالخراج الذي يكون جزية: هو ما ضربه الأئمة على أرض أهل العهد مع إقرارها على ملكهم، فهذه الأرض إن زرعها أهل العهد وجب عليهم الخراج دون العشر، وإن أسلموا أو انتقلت عنهم إلى مسلم وجب العشر في زرعها، وسقطت الخراج. فإن استأجرها منه مسلم، وجب الخراج عليهم لبقاء ملكهم عليها، ووجب العشر على المسلم لملكه للزرع.

وأما الخراج الذي يكون أجرة كأرض السواد التي ضرب عمر رضي الله عنه عليها خراجاً جعله إما ثمناً، وإما أجرة، على اختلاف الناس فيه فلا يسقط عن رقاب الأرض بإسلام أهلها، فإن زرعها مسلم هي بيده لزمه الحقان: الخراج عن الرقبة، والعشر عن الزرع.

وقال أبو حنيفة: عليه الخراج وحده دون العشر، لئلا يجتمع فيها حقان. وقد دللنا عليه في كتاب الزكاة في إيجاب الحقين معاً بما أغنى عن إعادته.

ولو كان إسقاط أحد الحقين بالآخر، لكان العشر المستحق بالنص أثبت وجوباً من الخراج المضروب عن اجتهاد.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي اكْتِرَاءِ دَابَّةٍ إِلَى مَوْضِعٍ،

---

(١) سورة الأنعام، الآية: ١٤١.

(٢) سبق تخريجه في الزكاة.

أَوْ فِي كِرَائِهَا، أَوْ فِي إِجَارَةِ الأَرْضِ، تَحَالَفَا. فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الرُّكُوبِ وَالزَّرْعِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ كَانَ عَلَيْهِ كِرَاءُ المِثْلِ»[1].

قال الماوردي: إذا اختلف المتكاريان في قدر الأجرة، أو في قدر المدة، أو في قدر المسافة، تحالفا كما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا. فإن أقام كل واحد منهما ببينته تعارضتا، وفيهما قولان:

أحدهما: تسقط البينتان ويتحالفان.

والثاني: يقرع بينهما، فأيهما قرعت يحكم بها.

وقال أبو حنيفة: إن اختلفا في قدر المسافة فقال رب الدابة: إكتريتُها من مكة إلى الكوفة، فقال الراكب: إلى بغداد، فالقول قول رب الدابة مع يمينه. ولو أقاما على ذلك بينة، فالبينة بينة الراكب لأنها أزيد.

ولو قال رب الدابة: إكتريتها بعشرين، وقال الراكب: بعشرة، فالقول قول الراكب، فإن أقاما بينة فالبينة بينة رب الدابة لأنها أزيد.

وهذا مردود باختلاف المتبايعين، لأنهما معاً اختلفا في صفة عقد معاوضة، فاقتضى أن يستويا في التحالف.

فإذا اختلفا وفسخ العقد بينهما إما بالتحالف، أو بالفسخ الواقع بعد التحالف على ما مضى في البيوع، نظر: فإن لم يمض من المدة شيء ترادا الكراء والمكري. وإن مضت المدة، التزم المكتري أجرة المثل واسترجع المسمى. وسواء كانت أجرة المثل أقل مما إدعاه المكري، أو أكثر، لأنها قيمة متلف.

فصل: وليس لمؤجر الأرض أن يحتبس الأرض على المستأجر على دفع الأجرة، ولا للحمال أن يحبس ما استؤجر على حمله من المتاع ليأخذ الأجرة، لأنه في يده أمانة وليس برهن، فأما الصانع المستأجر على عمل من خياطة أو صياغة أو صبغ، هل له احتباس ما بيده من العمل على أجرته؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذاك، قياساً على ما ذكرنا.

والثاني: له ذاك، لأن عمله ملك له كالبائع. والله أعلم.

(١) مختصر المزني: ص ١٣٠.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ رَبُّ الأَرْضِ: بِكِرَاءٍ وَقَالَ المُزَارِعُ: عَارِيَةٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الأَرْضِ مَعَ يَمِينِهِ، وَيَقْلَعُ الزَّارِعُ زَرْعَهُ، وَعَلَى الزَّارِعِ كِرَاءُ مِثْلِهِ إِلَى يَوْمِ قَلْعِ زَرْعِهِ. وَسَوَاءٌ كَانَ فِي إِبَّانِ الزَّرْعِ، أَوْ غَيْرِهِ. (قَالَ المُزَنِيُّ) رَحِمَهُ اللَّهُ: هَذَا خِلَافُ قَوْلِهِ فِي كِتَابِ العَارِيَةِ فِي رَاكِبِ الدَّابَّةِ يَقُولُ: أَعَرْتَنِيهَا، وَيَقُولُ: بَلْ أَكْرَيْتُكَهَا: إِنَّ القَوْلَ قَوْلُ الرَّاكِبِ مَعَ يَمِينِهِ. وَخِلَافُ قَوْلِهِ فِي الغَسَّالِ يَقُولُ صَاحِبُ الثَّوْبِ: بِغَيْرِ أُجْرَةٍ، وَيَقُولُ الغَسَّالُ: بِأُجْرَةٍ، أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ. وَأَوْلَى بِقَوْلِهِ الَّذِي قَطَعَ بِهِ فِي كِتَابِ المُزَارَعَةِ، وَقَدْ بَيَّنْتُهُ فِي كِتَابِ العَارِيَةِ)[1].

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة في كتاب العارية مستوفاة، ولكن نشير إليها لمكان إعادتها.

فإذا اختلف رب الأرض وزارعها، فقال ربها: بأجرة، وقال زارعها: عارية، قال الشافعي رضي الله عنه: القول قول رب الأرض دون الزارع.

وقال في الدابة إذا اختلف ربها والراكب فقال ربها: بأجرة وقال راكبها: عارية، أن القول قول الراكب دون ربها.

فاختلف أصحابنا فكان أبو إسحاق المروزي، وأبو علي بن أبي هريرة، وجمهور أصحابنا: ينقلون جواب كل مسألة إلى الأخرى، ويخرجونها على قولين ذكرنا توجيهها.

وكان أبو العباس بن سريج يحمل جواب كل واحدة من المسألتين على ظاهرة، ويجعل القول في الدابة قول راكبها دون ربها، وفي الأرض القول قول ربها دون زارعها، إعتباراً بالعرف في إعارة الدواب وإجارة الأرضين.

فإذا قيل: إن القول قول رب الأرض والدابة، فمع يمينه، وله أجرة المثل فيما مضى على أصح وجهي أصحابنا، وفي الآخر المسمى.

وإذا قيل: إن القول قول الزارع والراكب، فلا أجرة عليه فيما مضى، وعليه رفع يده في المستقبل. فإن كان له في الأرض زرع، فإن امتنع من أجرة المثل في المستقبل قلع، لأن قوله إنما قبل في الماضي دون المستقبل، وإن بذلها أقر زرعه. والله أعلم

(١) مختصر المزني: ص ١٣٠.

كتاب إحياء الموات [١]

مسالة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (بِلاَدُ المُسْلِمِينَ شَيْئَانِ: عَامِرٌ، وَمَوَاتٌ. فَالْعَامِرُ لأَهْلِهِ، وَكُلُّ مَا صَلُحَ بِهِ العَامِرُ مِنْ طَرِيقٍ وَفِنَاءٍ وَمَسِيلِ مَاءٍ وَغَيْرِهِ، فَهُوَ كَالْعَامِرِ فِي أَنْ لاَ يُمْلَكَ عَلَى أَهْلِهِ إِلاَّ بِإِذْنِهِمْ وَالمَوَاتُ، شَيْئَانِ: مَوَاتٌ مَا قَدْ كَانَ عَامِراً لأَهْلِهِ مَعْرُوفاً فِي الإِسْلاَمِ، ثُمَّ ذَهَبَتْ عِمَارَتُهُ فَصَارَ مَوَاتاً، فَذَلِكَ كَالعَامِرِ لأَهْلِهِ، لاَ يُمْلَكُ إِلاَّ بِإِذْنِهِمْ. وَالمَوَاتُ الثَّانِي: مَا لاَ يَمْلِكُهُ أَحَدٌ فِي الإِسْلاَمِ يُعْرَفُ، وَلاَ عِمَارَةَ مَلِكٍ فِي الجَاهِلِيَّةِ إِذَا لَمْ يُمْلَكْ، فَذَلِكَ المَوَاتُ الَّذِي قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ أَحْيَا مَوَاتاً فَهُوَ لَهُ»)[٢].

قال الماوردي: والأصل في جواز إحياء الموات وحصول الملك بالإحياء، رواية هشام بن عروة عن أبيه، عن سعيد بن زيد، عن النبي ﷺ أنه قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق»[٣].

وروى وهب بن كيسان، عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: «من أحياء أرضاً ميتة فيها أجر، وما أكلت العوافي منها فهو له صدقة»[٤]، والعوافي: جمع عاف، وهو طالب الفضل.

وروى نافع بن عمر، عن ابن أبي مليكة، عن عروة قال: أشهد أن رسول الله ﷺ

---

(١) في المختصر: كتاب إحياء الموات من كتاب وضعه بخطه لا أعلمه سمع منه.

(٢) مختصر المزني: ص ١٣٠.

(٣) حديث سعيد بن زيد: أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٧٨) وقال: هذا حديث حسن غريب، وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن النبي ﷺ مرسلاً ونقل عن أبي داود الطيالسي في قوله: «وليس لعرق ظالم حق» قال: العرق الظالم الغاصب الذي يأخذ ما ليس له. قلت: هو الرجل الذي يغرسُ في أرض غيره؟ قال: هو ذاك.
وأخرجه أبو داود (٣٠٧٣) والبيهقي ٦/ ١٤٢ والدارمي ٢/ ٢٦٧ وأحمد ٣/ ٣٥٥.

(٤) حديث جابر: أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٧٩) الشطر الأول وقال: حسن صحيح والدارمي ٢/ ٢٦٧ والبيهقي ٦/ ١٤٨ وأحمد ٣/ ٣١٣، ٣١٧ وأبو عبيد في الأموال (٧٠٢ والبغوي (١٦٥٠).

قضى أن الأرض أرض الله، والعباد عباد الله، ومن أحيا مواتاً فهو أحق به، جاءنا بهذا عن النبي ﷺ الذين جاءوا بالصلوات عنه[١].

وروى شعبة، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة عن النبي ﷺ أنه قال: «من أحاط حائطاً على أرض فهي له»[٢].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «موتان الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني»[٣].

وروى الشافعي عن سفيان، عن طاوس عن النبي ﷺ أنه قال: «عمارات الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم فيء»[٤] ولأن ما لم يجر عليه ملك نوعان: أرض، وحيوان، فلما ملك الحيوان إذا ظهر عليه بالاصطياد ملك موات الأرض إذا ظهر عليه بالإحياء.

فصل: فإذا تقرر جواز الإحياء، قال الشافعي: بلاد المسلمين شيئان: عامر، وموات[٥].

وإنما خص الشافعي بلاد المسلمين بما ذكره من قسمي العامر والموات، وإن كانت بلاد الشرك قسمين: عامر، وموات. لما ذكره من أن عامر بلاد المسلمين لأهله لا يملك عليه إلا بإذنهم، وعامر بلاد الشرك قد يملك عليهم قهراً وغلبة بغير إذنهم. وإذا كان كذلك بدأنا بذكر العامر من بلاد المسلمين، ثم بمواتهم.

أما العامر: فلأهله الذين قد ملكوا بأحد أسباب التمليك، وهي ثمانية:

أحدها: الميراث.

والثاني: المعاوضات.

والثالث: الهبات.

---

(١) أخرجه البيهقي ٦/ ١٤٢ بلفظ الحاوي من طريق: نافع بن عمر، عن ابن أبي مليكة، عن عروة. وهو من حديث عائشة عند البيهقي ٦/ ١٤٢ من طريق أبي داود الطيالسي في مسنده (١٤٤٠).

(٢) حديث سمرة: أخرجه أبو داود في الخراج والاجارة (٣٠٧٧) والبيهقي ٦/ ١٤٢ وزاد: «وليس لعرق ظالم حق» وأحمد ٥/ ٢١.

(٣) حديث ابن عباس: أخرجه البيهقي ٦/ ١٤٣ وقال: تفرّد به معاوية بن هشام مرفوعاً موصولاً. وأبو يوسف في الخراج.

(٤) أخرجه الشافعي في الأم: ٤/ ٤٥ والبيهقي ٦/ ١٤٣ من طريق الشافعي.

(٥) الأم: ٤/ ٤٥.

والرابع: الوصايا.

والخامس: الوقف.

والسادس: الصدقات.

والسابع: الغنيمة.

والثامن: الإحياء.

فإذا ملك عامراً من بلاد الإسلام بأحد هذه الأسباب الثمانية، صار مالكاً له ولحريمه، ومرافقه من فناء وطريق ومسيل ماء، وغير ذلك من مرافق العامر التي لا يستغني العامر عنها. فلا يجوز أن يملك ذلك على أهل العامر بإحياء ولا غيره، فمن أحياه لم يملكه.

وقال داود بن علي: حريم العامر كسائر الموات، من أحياه فقد ملكه. استدلالاً بقوله ﷺ: «**من أحيا أرضاً مواتاً فهي له**».

وهذا خطأ، لما روي عن النبي ﷺ قال: «**لا حمى إلا في ثلاث: ثلة البئر، وطول الفرس، وحلقة القوم**»[1]. وثلة البئر: هو ملقى طينها، وطول الفرس: وهو ما انتهى الفرس إليه بحبله الذي قد ربط به. وحلقة القوم: فإنه نهى منه عن الجلوس وسط الحلقة.

ولأن حريم العامر قد كان على عهد رسول الله ﷺ، ثم على عهد خلفائه مقراً على أهله، لم يتعرض أحد لإحيائه مع ما انتهوا إليه عند كثرتهم من ضيق العامر بهم. ولأنه لو جاز إحياء حريم العامر ومنع أهله منه بالإحياء، لبطل العامر على أهله وسقط الانتفاع به. لأنه يفضي إلى أن يبني الرجل داراً يسد بها باب جاره فلا يصل الجار إلى منزله، وما أدى إلى هذا من الضرر كان ممنوعاً منه، وليس الحريم مواتاً فيصح استدلال داود عليه.

فصل: وأما الموات فضربان:

أحدهما: ما لم يزل على قديم الدهر مواتاً لم يعمر قط، فهذا هو الموات الذي قال فيه رسول الله ﷺ: «**من أحيا أرضاً مواتاً فهي له**» فمن أحياه من المسلمين فقد ملكه، وإن أحياه ذمي لم يملكه.

وقال أبو حنيفة: يملكه الذمي بالإحياء كالمسلم، استدلالاً بعموم قوله ﷺ: «من

---

(١) حديث بلال العبسي: أخرجه البيهقي ٦/١٥١ وقال: هذا مرسل.

أحيا أرضاً مواتاً فهي له» ولأنها أعيان مباحة، فجاز أن يستوي في تملكها المسلم والذمي، كالصيد، والحطب. ولأن من صح أن يملك بالاصطياد والاحتطاب، صح أن يملك بالإحياء كالمسلم. ولأنه سبب من أسباب التمليك، فوجب أن يستوي فيه المسلم والذمي، كالبيع.

ودليلنا: قوله ﷺ: «الأرض لله ورسوله ثم هي لكم» فواجه المسلمين بخطابه، وأضاف ملك الموات إليهم، فدل على اختصاص الحكم بهم.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»[1] إشارة إلى إجلائهم، حتى أجلاهم عمر رضي الله عنه من الحجاز. فلما أمر بإزالة أملاكهم الثابتة، فأولى أن يمنعوا من أن يستبيحوا أملاكاً محدثة. لأن استدامة الملك أقوى من الاستحداث، فإذا لم يكن لهم الأقوى فالأضعف أولى. ولأن من لم يقر في دار الإسلام إلا بجزية، منع من الإحياء كالمعاهد. ولأن كل ما لم يملكه الكافر قبل عقد الجزية، لم يملكه بعد عقد الجزية.

أصله: نكاح المسلمة. ولأنه نوع تمليك ينافيه كفر الحربي، فوجب أن ينافيه كفر الذمي، كالإرث من مسلم.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» فهو أن هذا الخبر وارد في بيان ما يقع به الملك. وقوله: «ثم هي لكم مني» وارد في بيان من يقع له الملك، فصار المعنى في كل واحد منهما فيما قصد له قاضياً على صاحبه، فصار الخبران في التقدير كقوله: «من أحيا أرضاً مواتاً من المسلمين فهي له».

وأما الجواب عن قياسهم على الصيد والحطب، فهو: أنه منتقض بالغنيمة، حيث لم يستو المسلم والذمي فيها مع كونها أعياناً مباحة. ثم لو سلم من النقض، لكان المعنى في الصيد والحطب: أن لا ضرر على المسلم فيه إذا أخذه الكافر، وليس كذلك الإحياء. ولذلك لم يمنع المعاهد من الاصطياد والاحتطاب، وإن منع من الإحياء. فكان المعنى الذي فرقوا به في المعاهد بين إحيائه واصطياده، هو فرقنا في الذمي بين إحيائه واصطياده،

---

(١) أخرج مالك في الموطأ باب ما جاء في إجلاء اليهود من المدينة، عن عمر بن عبد العزيز يقول: قال: آخر ما تكلم به رسول الله ﷺ أن قال: «قاتل الله اليهود والنصارى اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد، لا يبقينَّ دينان بأرض العرب» وأخرج عن ابن شهاب مرفوعاً قال: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب».
وقال ابن شهاب: ففحص عن ذلك عمر بن الخطاب. . . فأجلى يهود خيبر.

وهو الجواب عن قياسهم الثاني. ويكون المعنى في المسلم: فضيلته بدينه واستقراره في دار الإسلام بغير جزية، مباينة لصغار الذمة، فاستعلى على من خالف الملة.

وأما الجواب عن قياسهم على البيع فهو: أنه منتقض بالزكاة؛ لأنها سبب من أسباب التمليك الذي يختص بها المسلم دون الذمي، ثم المعنى في البيع: أنه لما جاز أن يملك به المعاهد، جاز أن يملك به الذمي. ولما لم يجز في الإحياء أن يملك به المعاهد، لم يملك به الذمي.

فصل: والضرب الثاني من الموات: ما كان عامراً ثم خرب، فصار بالخراب مواتاً، فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون جاهلياً لم يعمر في الإسلام، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قد خرب قبل الإسلام حتى صار مواتاً مندرساً، كأرض عاد وتُبع. فهذا كالذي لم يزل مواتاً يملكه من أحياه من المسلمين، لقوله ﷺ: «الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني».

والضرب الثاني: ما كان باقي العمارة إلى وقت الإسلام ثم خرب وصار مواتاً قبل أن يصير من بلاد الإسلام، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يرفع أربابه أيديهم عنه قبل القدرة عليه، فهذا يملك بالإحياء كالذي لم يزل مواتاً.

والقسم الثاني: أن يتمسكوا به إلى حين القدرة عليه، فهذا يكون في حكم عامرهم لا يملك بالإحياء.

والقسم الثالث: أن يجهل حاله فلا يعلم هل رفعوا أيديهم عنه قبل القدرة عليه، أم لا؟ ففي جواز تملكه بالإحياء وجهان كالذي جهل حاله.

فصل: والضرب الثاني: في الأصل ما كان عامراً من بلاد الإسلام ثم خرب حتى ذهبت عمارته، واندرست آثاره فصار مواتاً، فقد اختلف الفقهاء في جواز تملكه بالإحياء على ثلاثة مذاهب:

فمذهب الشافعي منها: أنه لا يجوز أن يملك بالإحياء، سواء عرف أربابه أو لم يعرفوا:

وقال مالك: يصير كالموات الجاهلي يملكه من أحياه، سواء عرف أربابه أو لم يعرفوا.

وقال أبو حنيفة: إن عرف أربابه فهو على ملكهم لا يملك بالإحياء، وإن لم يعرفوا ملك بالإحياء، استدلالاً بعموم قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له»، وحقيقة الموات: ما صار بعد الإحياء مواتاً، وما لم يزل مواتاً، فإنما يسمى مجازاً.

قالوا: ولأن ما صار مواتاً من العامر زال عن حكم العامل كالجاهلي، ولأنه موات فجاز إحياؤه كسائر الموات.

ودليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه» وهذا مال مسلم.

وروى عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد فهو أحق بها»[1] فجعل زوال الملك عن الموات شرطاً في جواز ملكه بالإحياء، فدل على أن ما جرى عليه ملك لم يجز أن يملك بالإحياء.

وروى أسمر بن مضرس قال: قال رسول الله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له مال» فخرج الناس تبعاً يتخاطون، وهذا نص، ولأنها أرض استقر عليها ملك مسلم، فلم يجز أن تملك بالإحياء كالذي بقيت آثارها مع مالك، وكالذي تعين أربابها مع أبي حنيفة، ولأن ما صار مواتاً من عامر المسلمين لم يجز أن يملك بالإحياء كالأوقاف والمساجد.

وأما استدلالهم بقوله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» فهو دليل عليهم، لأن الأول قد أحياها فوجب أن يكون أحق بها من الناس لأمرين:

أحدهما: أنه أسبق.

والثاني: أن ملكه قد ثبت باتفاق.

وأما الجواب عن قياسهم على الجاهلي، وعلى الذي لم ينزل مواتاً، فالمعنى فيهما: أنهما لم يجر عليهما ملك مسلم.

---

(١) حديث عائشة: أخرجه البخاري في الحرث والمزارعة (٢٣٣٥) بلفظ: «من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها» قال عروة: قضى به عمر رضي الله عنه في خلافته. والبيهقي ٦/ ١٤١ وأحمد ٦/ ١٢٠ وأبو عبيد (٧٠١). والبغوي (٢١٨١).

فصل: فإذا تقرر أن إحياءه لا يجوز، فإن عرف أربابه فهم أحق به، ولهم بيعه إن شاءوا. وإن لم يعرف أربابه، فقد اختلف أصحابنا: هل يجوز للإمام أن يعطيه من يعمّره أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز، لاستقرار الملك عليه.

والوجه الثاني: لا يجوز، إذا رأى ذلك صلاحاً، لقيامه بالنظر العام. وهذان الوجهان حكاهما أبو القاسم بن كج.

مسألة: **قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَعَطِيَّتُهُ ﷺ عَامَّةٌ لِمَنْ أَحْيَا المَوَاتَ أَثْبَتُ مِنْ عَطِيَّةِ مَنْ بَعْدَهُ مِنْ سُلْطَانٍ وَغَيْرِهِ)**[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. الموات يملك بإحيائه من غير إذن الإمام وإقطاعه، وبه قال أبو يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: من أحيا مواتاً بغير إذن الإمام، لم يملكه، وانتزعه من يده.

وقال مالك: إن كان للأرض ثمن ويشاع الناس عليها ويتنافسون فيها، لم يجز إحياؤها إلا بإذن الإمام. وإن كانت مهملة، جاز إحياؤها بغير إذنه.

واستدل من منع من إحيائها بغير إذنه، واستدل من منع من إحيائها بغير إذن الإمام، بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه**» ولأن ما ثبت أصوله من المباحات، لم يملك بغير إذن الإمام كالمعادن. ولأن وجوه المصالح إذا كان اجتهاد للإمام فيها يقطع الاختلاف والتنازع فيها، كان إذن الإمام شرطاً في ثبوت ملكها قياساً على بيت المال.

ودليلنا قوله ﷺ: «**من أحيا أرضاً مواتاً فهي له**» فكان على عمومه فيما كان بإذن الإمام وبغير إذنه. ولأن ما يبتدىء المسلم بملكه لا يفتقر إلى إذن الإمام كالصيد. ولأن كل ما لا يفتقر بملك الصيد إليه، لم يفتقر إلى إذن الإمام كالصيد. ولأن كل ما لا يفتقر بملك الصيد إليه، لم يفتقر الإحياء له، كإذن غير الإمام. ولأن كل ما لا ينحصر على الإمام الإذن فيه، لم يفتقر الاحياء له، كإذن غير الإمام. ولأن كل ما لا ينحصر على الإمام الإذن فيه، لم يفتقر تملكه إلى إذنه كالماء والحطب. ولأن كل مال لم يملكه مسلم، لم يفتقر المسلم في

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٠.

تملكه إلى إذن الإمام كالغنائم. ولأنه نوع تمليك، فلم يفتقر إلى إذن الإمام كالبيع والهبة. ولأن الإذن في التمليك إنما يستفاد به رفع الحجر عن المتملك، والموات مرفوع الحجر عنه، فلم يفده الإذن صحة التمليك.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «ليس للمرء إلا ما طلبت به نفس إمامه» من وجهين:

أحدهما: ما أجاب به الشافعي من أن رسول الله ﷺ وهو إمامنا وإمام الأئمة قد طابت نفسه لنا بذلك، لقوله ﷺ: «موتان الأرض لله ورسوله، ثم هي لكم مني».

والثاني: أنه عام في أموال الفيء وأنواع الغنائم وسائر المصالح، فخصَّ الموات منه، بقوله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له».

وأما الجواب عن قياسه على المعادن، فهو أن المعادن أموال في الحال يتوصل إلى أخذها بالعمل، فصارت كأموال بيت المال. وليس كذلك الموات، لأنه ليس بمال. ولو جاز أن يستويا في كونهما مالاً، لأن الموات قد يصير مالاً، لكان المعنى في أموال البيت المال: أن إذن الإمام فيها محصور، وفي الموات غير محصور. فإذا ثبت أن الموات يجوز بإذن الإمام وبغير إذنه فكل مسلم أحياه من رجل أو امرأة أو صبي أو مجنون، فقد ملكه وملك حريمه الذي لا يستغني عنه. فإن خرب بعد إحيائه حتى صار مواتاً، لم يزل عنه ملك مالكه.

وقال مالك: قد زال ملكه بزوال العمارة، فإن أحياها غيره كان أحق بها. وقد مضى الكلام معه.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (سَوَاءٌ كَانَ إِلَى جَنْبِ قَرْيَةٍ عَامِرَةٍ أَو نهر أَوْ حَيْثُ كَانَ. وَقَدْ أَقْطَعَ النَّبِيُّ ﷺ الدُّورَ فَقَالَ حَيٌّ مِنْ بَنِي زُهْرَةَ، يُقَالُ لَهُمْ: بَنُو عَبْدِ بْنِ زُهْرَةَ نَكِّبْ عَنَّا ابْنَ أُمِّ عَبْدٍ فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «فَلِمَ ابْتَعَثَنِي اللَّهُ إِذَنْ، إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَا يُقَدِّسُ أُمَّةً لَا يُؤْخَذُ فِيهِمْ لِلضَّعِيفِ حَقُّهُ» وَفِي ذَلِكَ دِلَالَةٌ عَلَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِالمَدِينَةِ بَيْنَ ظَهْرَانَيْ عِمَارَةِ الأَنْصَارِ مِنَ المَنَازِلِ والنَّخْلِ، وَإِنَّ ذَلِكَ لأَهْلِ العَامِرِ، وَدَلَالَةٌ عَلَى أَنَّ مَا قَارَبَ العَامِرَ يَكُونُ مِنْهُ مَوَاتٌ)[1].

(١) مختصر المزني: ص ١٣٠. والأم: ٤/ ٤٥. وأخرج الشافعي من طريق ابن عيينة عن عمرو بن دينار، عن يحيى بن جعدة: أن رسول الله ﷺ لمّا قدم المدينة أقطع الناس الدور فقال، حيّ من بني زهرة يقال لهم: بنو عبد زهرة لرسول الله ﷺ: نكب عن ابن أم عبد، فقال رسول الله ﷺ: «فلم ابتعثني الله إذاً، إن الله لا يقدّس أمة لا يؤخذ للضعيف فيهم حقه». والبيهقي ٦/ ١٤٥.

قال الماوردي: وهذا صحيح. هذه المسألة تشتمل على فصلين:

أحدهما: في حد الموات إذا اتصل بعامر.

والثاني: هل يستوي فيه جميع الناس، أو يختص به أهل العامر؟.

فأما الفصل الأول في حد الموات، فقد اختلف الفقهاء فيه:

فمذهب الشافعي: أن الموات كله ما يكن عامراً ولا حريماً لعامر، سواء قرب من العامر أو بعد.

وقال أبو حنيفة: الموات هو كل أرض لا يبلغها الماء وتبعد من العامر، وليس عليها ملك لأحد.

وقال أبو يوسف: أرض الموات كل أرض إذا وقف على أدناها من العامر ينادي بأعلى صوته لم يسمعه أقرب الناس إليها في العامر، استدلالاً بما رواه عن أبي بكر بن محمد عن جابر أن النبي ﷺ قال: **«من أحيا أرضاً دعوة من المصر أو قال: فيه من المصر فهي له»**.

ودليلنا: أن النبي ﷺ اقتطع بين ظهراني عمارة الأنصار، ولأن البلاد المحياة على عهد رسول الله ﷺ ثم على عهد خلفائه متصلة العمارة متلاصقة الجذور، ولو كان على ما قالوه لوجب أن يفصل بين كل عمارتين بما ذكروه من التحديد. وما استدل به من حديث جابر فهو دليل عليه، لأن فحواه أن ما قرب من المصر جاز إحياؤه.

فصل: وأما الفصل الثاني من الموات إذا قرب من العامر، فإن الناس كلهم يتساوون في إحيائه، ولا يكون أهل العامر أحق به.

وقال مالك: أهل العامر أحق بإحيائه من غيرهم.

والدلالة عليه: عموم قوله ﷺ: **«من أحيا أرضاً مواتاً فهي له»** ولأن النبي ﷺ قد اقتطع بين ظهراني عمارة الأنصار لابن مسعود، واقتطع المدينة وهو متصل بها، وأقطع للزبير بالبقيع حُضر فرسه[1]، وروى علقمة بن نضلة «أن أبا سفيان بن حرب قام بفناء داره

---

(۱) حديث ابن عمر: أخرجه أبو داود في الخراج والإجارة (۳۰۷۲) بلفظ: أقطع الزبير حُضر فرسه، فأجرى فرسه حتى قام، ثم رمى بسوطه فقال: اعطوه من حيث بلغ السوط وحضر: أي قدر ما تعدو عدوة واحدة، بسكون الضاد وضم الحاء. والبيهقي ٦/ ١٤٤ وأحمد ٢/ ١٥٦.

فضرب برجله وقال: لي سنام الأرض، أن لها سناماً، زعم ابن فرقد الأسلمي أني لا أعرف حقي من حقه، لي بياض المروة وله سوادها، ولي ما بين كذا إلى كذا، فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: ليس لأحد إلا ما أحاطت به جدرانه، ولا يملك إلا ما حفر أو زرع»[١]، ولأن ما لم يملك أهل العامر، لم يكن لهم المنع من إحيائه قياساً على البعيد من عامره.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالمَوَاتُ الَّذِي لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُقْطِعَهُ مَنْ يُعَمِرُهُ خَاصَّةً، وَأَنْ يَحْمِيَ مِنْهُ مَايَرَى أَنْ يَحْمِيَهُ عَاماً لِمَنَافِعِ المُسْلِمِينَ. وَالَّذِي عَرَفْنَا نَصاً وَدَلَالَةً فِيمَا حَمِيَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ حَمَى النَّقِيعَ. إلى آخر الفصل)[٢].

---

(١) أخرجه الشافعي في الأم: ٤/ ٤٥ ـ ٤٦.

(٢) مختصر المزني: ص ١٣٠ ـ ١٣١ وتتمة الفصل: «وهو بلد ليس بالواسع الذي إذا حمي ضاقت البلاد على أهل المواشي حوله وأضر بهم، وكانوا يجدون فيما سواه من البلاد سعة لأنفسهم ومواشيهم، وأنه قليل من كثير مجاوز للقدر، وفيه صلاح لعامة المسلمين بأن تكون الخيل المعدة لسبيل الله تبارك وتعالى وما فضل من سهمان أهل الصدقات، وما فضل من النعم التي تؤخذ من الجزية ترعى جميعها فيه فأما الخيل فقوة لجميع المسلمين، ومسلك سبيلها أنها لأهل الفيء والمجاهدين، وأما النعم التي تفضل عن سهمان أهل الصدقات، فيعاد بها على أهلها وأما نعم الجزية فقوة لأهل الفيء من المسلمين، فلا يبقى مسلم إلا دخل عليه من هذا خصلة صلاح في دينه أو نفسه أو من يلزمه أمره من قريب أو عامة من مستحقي المسلمين، فكان ما حمى عن خاصتهم أعظم منفعة لعامتهم من أهل دينهم، وقوة على من خالف دين الله عز وجل من عدوهم. قد حمى عمر بن الخطاب رضي الله عنه على هذا المعنى بعد رسول الله ﷺ، وولى عليه مولى له يقال له هنيٌّ وقال له: يا هنيّ أضمُمْ جناحك للناس واتق دعوة المظلوم، فإن دعوة المظلوم مجابة، وأدخل الصريمة ورب الغنيمة وإياي ونعم ابن عفان ونعم ابن عوف، فإنهما إن تهلك ماشيتها يرجعان إلى نخل وزرع وإن رب الغنيمة يأتيني بعياله فيقول يا أمير المؤمنين يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا؟ لا أبا لك، والكلأ أهون من الدرهم والدينار (قال الشافعي) رحمه الله: وليس للإمام أن يحمي من الأرض إلا أقلها الذي لا يتبين ضرره على من حماه عليه وقال رسول الله ﷺ «لا حمى إلا لله ورسوله» (قال): وكان الرجل العزيز من العرب إذا انتجع بلداً مخصباً أوفى بكلب على جبل إن كان به أو نشز إن لم يكن، ثم استعوى كلباً وأوقف له من يسمع منتهى صوته بالعواء، فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه، ويرعى مع العامة فيما سواه، ويمنع هذا من غيره لضعفي ماشيته وما أراد معها فنرى أن قول رسول الله ﷺ «لا حمى إلا لله ورسوله» لا حمى على هذا المعنى الخاص وأن قوله «لله» فللَّه كل محمي وغيره ورسوله ﷺ إنما يحمي لصلاح عامة المسلمين لا لما يحمي له غيره من خاصة نفسه، وذلك أنه ﷺ لم يملك مالاً إلا ما لا غنى به وبعياله عنه ومصلحتهم، حتى صير ما ملكه الله من خمس الخمس وماله إذا حبس قوت سنته مردوداً في مصلحتهم في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله، ولأن نفسه وماله كان مفرغا لطاعة الله تعالى». والأثر عن عمر بن الخطاب: أخرجه الشافعي في الأم ٤/ ٤٦ من طريق عبد العزيز بن

قال الماوردي: إعلم أن هذا الباب يشتمل على ثلاثة أحكام يختص بالموات، وهي: الإحياء، والإقطاع، والحمى.

فأما الإحياء فقد ذكرنا جوازه، ومن يجوز له، وسنذكر صفته.

وأما الإقطاع فإنه لا يصح إلا في موات لم يستقر عليه ملك. وعلى هذا، كانت قطائع النبي ﷺ حين أقطع الزبير رقض فرسه من موات البقيع، فأجراه ثم رمى بسوطه رغبة في الزيادة[1] فقال: اعطوه منتهى سوطه. وأقطع راشد بن عبد ربه السلمي غلوة بسهم، وغلوة حجر برهاط. وأقطع العداء بن خالد بن هوذة ما يقال له: سواح الوخيخ. وأقطع العباس بن مرداس منزله بالرشة، إلى غير ذلك.

فعلى هذا كانت قطائع رسول الله ﷺ، إلا ما كان من شأن تميم الداري وأبي ثعلبة الخشني. فإن تميماً سأل النبي ﷺ أن يقطعه عيون البلد الذي كان منه بالشام قبل فتحه، وأبو ثعلبة سأل النبي ﷺ أن يقطعه أرضاً كانت بيد الروم فأعجبه الذي قال فقال: ألا تسمعون ما يقول؟ فقال: والذي بعثك بالحق ليفتحن عليك، فكتبت له كتاباً فاحتمل ذلك من فعله أن يكون أقطعهما ذلك إقطاع تقيّد لا إقطاع تمليك. ويجوز أن يكونا مخصوصين بذلك لتعلقه بتصديق إخبار وتحقيق إعجاز.

وأما الأئمة بعد رسول الله ﷺ، فإن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لم يقطعا إلا مواتاً لم يجر عليه ملك، واصطفى عمر من أرض السواد أموال كسرى وأهل بيته وما هرب عنه أربابه أو هلكوا، فكان مبلغ تسعة ألف ألف، فكان يصرفها في مصالح المسلمين، ولم يقطع شيئاً. ثم إن عثمان رضي الله عنه أقطعها، لأنه رأى اقتطاعها أوفر لغلتها من تعطيلها،

= محمد، عن زيد بن أسلم عن أبيه ومالك في الموطأ ٢/ ٢٠٣ والبخاري في الجهاد (٣٠٥٩) والبغوي (٢١٨٤) أمّا حديث: لا حمى إلا لله ورسوله. فحديث ابن عباس عند البخاري في المساقاة (٢٣٧٠) والجهاد (٣٠١٢) وأبو داود (٣٠٨٣) و (٣٠٨٤) والبيهقي ٦/ ١٤٦ والدارقطني ٤/ ٢٣٨ وأحمد ٤/ ٣٨ و ٧٣ والطيالسي (١٢٣٠) وابن الجارود (٤٣٦) والبغوي (٢١٨٣).

وقال البغوي في شرح السنة ٤/ ٤٠٧ ـ ٤٠٨: «وتأول الشافعي قوله عليه السلام: «لا حمى إلا لله ورسوله» على إبطال ما كان يفعله أهل الجاهلية، قال: كان الرجل العزيز إذا انتجع بلداً مخصباً، أوفى بكلب على جبل: إن كان به أو نشز إن لم يكن به، ثم استوى الكلب، ووقف له من يسمع منتهى صوته بالعواء، فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه، ويرعى مع العامة فيما سواه، ويمنع هذا من غيره لضعفاء ماشيته...».

(١) سبق تخريجه.

وشرط على من أقطعها أن يأخذ منه حق الفيء، فكان ذلك منه إقطاع إجازة لا إقطاع تمليك. وقد توفرت عليه حتى بلغت خمسين ألف ألف، فكانت منها إقطاعاً به وصلاته. ثم تناقلها الخلفاء بعده، فلما كان عام الجماجم سنة اثنين وثمانين وفتنة ابن الأشعث لحرق الديوان وأخذ كل قوم ما يليهم.

وإذا كان إقطاع الإمام إنما يختص بالموات دون العامر، فالذي يؤثره إقطاع الإمام أن يكون المقطع أولى الناس بإحيائه من لم يسبق إلى إحيائه، لما كان إذنه وفضل اجتهاده. فلو بادر بإحيائها غير المقتطع، فهي ملك للمحيي دون المقطع.

وقال أبو حنيفة: إن أحياها قبل مضي ثلاث سنين من وقت الإقطاع، فهي للمقطع. وإن أحياها بعد ثلاث سنين، فهي للمحيي.

وقال مالك بن أنس: إن أحياها عالماً بالإقطاع فهي للمقطع، وإن أحياها غير عالم بالإقطاع، خيِّر المقطع بين أن يعطي المحيي نفقة عمارته وتكون الأرض له، وبين أن يترك عليه الأرض ويأخذ قيمتها قبل العمارة، استدلالاً برواية معمر، عن ابن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب: أن رسول الله ﷺ أقطع أقواماً أرضاً، فجاء آخرون في زمان عمر رضي الله عنه فأحيوها، فقال لهم عمر رضي الله عنه حين فرغوا إليه: «تركتموهم يعملون ويأكلون ثم جئتم تغيرون عليهم؟ لولا أنها قطيعة رسول الله ﷺ ما أعطيتكم شيئاً، ثم قومها عامرة وقومها غير عامرة ثم قال لأهل الأصل: إن شئتم فردوا عليهم ما بين ذلك وخذوا أرضكم، وإن شئتم ردوا عليكم ثمن أرضكم ثم هي لهم»[1].

ودليلنا: على أنها ملك المحيي بكل حال دون المقطع، قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له»، ولأن الإقطاع لا يوجب التمليك، والإحياء يوجب التمليك، فإذا اجتمعا كان ما أوجب التمليك أقوى حكماً مما لا يوجبه.

فأما حديث عمر رضي الله عنه فقد قال في قضيته: «لولا أنها قطيعة رسول الله ﷺ ما أعطيتكم شيئاً» فدل على أن من رأيه أنها للمحيي، وإنما عدل عن هذا الرأي لما توجه إليها من إقطاع رسول الله ﷺ فكره أن يبطله، فاستنزل الخصمين إلى ما قضى به مرضاة لا جبراً. فأما إن كان المقطع قد حجرها وجمع ترابها حتى تميزت عن غيرها، فجاء غيره فعمرها وحرثها، نظر: فإن كان المقطع مقيماً على عمارتها حتى تغلب عليها الثاني

(١) أخرجه البيهقي ٦/ ١٤٤.

فعمرها، فهي للأول، ويكون الثاني متطوعاً بعمارته. وإن كان المقطع قد ترك عمارتها فعمرها الثاني، فهي للثاني دون الأول. وهكذا لو كان الأول قد بدأ بالعمل من غير إقطاع، فهذا حكم الإقطاع.

فصل: وأما الحمى: فهو المنع من إحياء الموات ليتوفر فيه الكلأ، فترعاه المواشي. لأن الحمى في كلامهم هو المنع، ولذلك قال النبي ﷺ: «جنب المؤمن من حمى»[١]، والحمى على ثلاثة أضرب: ضرب حماه رسول الله ﷺ، وضرب حماه الإمام بعده، وضرب حماه غيره من عوام المسلمين.

فأما رسول الله ﷺ، فقد روي: أنه وقف على جبل بالبقيع يقال له: يعمل، فصلى عليه ثم قال: هذا حماي، وأشار بيده إلى البقاع، وهو قدر ميل في ستة أميال ما بين يعمل إلى ثلثين، فحماه لخيل المسلمين والمهاجرين. ولأن اجتهاد رسول الله ﷺ في أمته أمضى وقضائه فيما أنفذ، وكان ما حماه لمصالحهم أولى أن يكون مقراً من إحيائهم وعمارتهم.

فصل: وأما حمى الإمام بعده، فإن أراد الحمى لنفسه أو لأهله أو للأغنياء خصوصاً لم يجز، وكان ما حماه مباحاً لمن أحياه. وإن أراد أن يحمي لخيل المجاهدين ونعم الجزية والصدقة ومواشي الفقراء، نظر: فإن كان الحمى يضر بكافة المسلمين وأغنيائهم لضيق الكلأ عليهم بحمى أكثر مواتهم لم يجز، وإن كان لا يضر بهم لأنه قليل من كثير يكتفي المسلمون بما بقي من مواتهم ففيه قولان:

أحدهما: لا يجوز أن يحمى، لرواية مجاهد عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون شركاء في ثلاث: الماء، والنار، والكلأ، وثمنه حرام»[٢].

روى عبيد الله بن عبد الله بن عباس، عن الصعب بن جثامة، أن رسول الله ﷺ حمى البقيع وقال: «لا حمى إلا لله ولرسوله».

والقول الثاني: يجوز له أن يحمي لما فيه من صلاح المسلمين، ولما روي: أن أبا بكر رضي الله عنه حمى بالربذة لإبل الصدقة، واستعمل عليه مولاه أبو أسامة، وتولاه عليه

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) حديث ابن عباس: أخرجه ابن ماجة في الرهون (٢٤٧٢) وأخرجه أبو داود في البيوع (٣٤٧٧) من حديث أبي خداش، وأحمد ٥/ ٣٦٤ والبغوي ٤/ ٤١١.

قرط بن مالك. وحمى عمر بن الخطاب رضي الله عنه الشرف[1] فحمى منه نحو ما حمى أبو بكر رضي الله عنه بالربذة، وولى عليه مولى له يقال له هني وقال: «يا هنيُّ اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم، فإن دعوة المظلوم مجابة، وادخل رب الصريمة ورب الغنيمة، وإياك ونعم ابن عفان ونعم ابن عوف، فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعان إلى نخل وزرع، وإن رب الصريمة والغنيمة يأتيني بعياله فيقول: يا أمير المؤمنين، يا أمير المؤمنين، أتاركهم أنا؟ لا أبا لك فالكلأ أهون عليَّ من الدينار والدرهم، وأيمُ الله نودي أني قد ظلمتهم، إنما أكلأهم والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً»[2].

فأما قوله: «المسلمون شركاء في ثلاث» فهو عام خص منه الحمى على أن الحمى، يشرك فيه المسلمون، لأن نفع الحمى يعود على كافتهم من الفقراء والأغنياء. أما الفقراء فلأنه مرعى صدقاتهم، وأما الأغنياء فلخيل المجاهدين عنهم.

وأما قوله: «لا حمى إلا لله» فمعناه: لا حمى إلا أن يقصد به وجه الله، كما فعل رسول الله ﷺ، فيسلم فيما حماه للفقراء المسلمين وفي مصالحهم. وخالف فيه فعل الجاهلية، فإن العربي في الجاهلية كان إذا استولى على بلد أوفى بكلبه فجعله على جبلٍ، أو على شيء من الأرض، واستعواه فحيث انتهى عواه حماه لنفسه، فلا يرعى فيه غيره ويشارك الناس فيما سواه. وهكذا كان كليب بن وائل إذا أعجبته روضة فيها كلباً، وحمى إلى منتهى عوائه، وفيه يقول معبد بن شعبة الضبي: كفعل كليب، كنت أنبئت أنه مخطط أكلأ المياه ويمنع. وقال العباس بن مرداس: كما بغيها كليب، لظلمة من العز حتى ضاع، وهو قتلها على وائل أن يترك الكلب هائجاً، وإذ يمنع الكلأ منها حولها.

فصل: وأما حمى الواحد من عوام المسلمين فمحظور، وحماه مباح. لأنه إن حمى لنفسه فقد تحكم وتعدى بمنعه، وإن حماه للمسلمين فليس من أهل الولاية عليهم، ولا فيمن يؤثر اجتهاده لهم. وقد روى أبو هانيء، عن أبي سعيد، عن أبي هريرة قال: سمعت

(١) حديث ابن عباس: سبق تخريجه، عن الصعب بن جثامة، أن رسول الله ﷺ: قال: «لا حمى إلا لله ورسوله» قال: وبلغنا أن رسول الله ﷺ حمى النقيع، وأن عمر بن الخطاب حمى الشرف والربذة. في البخاري (٢٣٧٠) و (٣٠١٣) وأبي داود (٣٠٨٣)، والبغوي (٢١٨٣).

(٢) سبق تخريجه.

رسول الله ﷺ يقول: «لا تمانعوا فضل الماء ولا فضل الكلاء» فيهزل المال ويجوع العيال[١].

فلو أن رجلاً من عوام المسلمين حمى مواتاً ومنع الناس منه زماناً رعاه وحده، ثم ظهر الإمام عليه ورفع يده عنه ولم يغرم ما رعاه، لأنه ليس بمالك، ولا يعزره لأنه أحد مستحقيه، ونهاه عن مثل تعديه. فأما أمير البلد ووالي الإقليم إذا رأى أن يحمي لمصالح المسلمين كالإمام، فليس له ذلك إلا بإذن الإمام، لأن اجتهاد الإمام أعم. ولكن لو أن والي الصدقات اجتمعت معه مواشي الصدقة وقلَّ المرعى لها وخاف عليها التلف إن لم يحمِ الموات لها، فإن منع الإمام من الحمى كان والي الصدقات أولى. وإن جوز الإمام الحمى، ففي جوازه لوالي الصدقات عندما ذكرنا من حدوث الضرورة به وجهان:

أحدهما: يجوز، كما يجوز من غير الضرورة. فعلى هذا، يتعزر الحمى بزمان الضرورة ولا يستديم، بخلاف حمى الإمام.

والوجه الثاني: لا يجوز أن يحمى، لأنه ليس له أن يرفع الضرر عن أموال الفقراء بإدخال الضرر على الأغنياء، ويكون الضرر إن كان بالفريقين معاً. وهذا أصح الوجهين والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَيْسَ لأَحَدٍ أَنْ يُعْطِيَ وَلاَ يَأْخُذَ مِنَ الَّذِي حَمَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَإِنْ أُعْطِيَهُ فَعَمَّرَهُ نُقِضَتْ عِمَارَتُهُ)**[٢].

قال الماوردي: وهذا صحيح. أما حمى رسول الله ﷺ فلا يجوز أن يمكن أحد من إحيائه، فإن أحياه إنسان لم يخل حال السبب الذي حماه من أجله من مواشي الفقراء ونعم الصدقات من: أن يكون باقياً، أو زائلاً.

فإن كان السبب باقياً والحاجة إليه ماسة، فإحياؤه مردود، وعمارته منقوضة، وهو على ما حياه بمنع الناس كلهم من إحيائه؛ لأن حكم رسول الله ﷺ لا يجوز أن يتعقب بنقض، ولا أن يعترض عليه بإبطال.

وإن كان السبب زائلاً وحاجة الفقراء إليه قد ارتفعت، ونعم الصدقات قد تحولت، ففي جواز إحيائه وإقرار عمارته وجهان:

---

(١) حديث أبي هريرة: أخرجه أحمد ٢/ ٤٢٠ وفي الاحسان (٤٩٥٦).

(٢) مختصر المزني: ص ١٣١.

أحدهما: هو قول أبي حامد الإسفراييني: يجوز، لأن السبب يقتضي زوال المسبب، لأن ما وجب لعلة زال بزوالها.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: لا يجوز إحياؤه وإن زال سببه، لأنه قد يجوز أن يعود السبب بعد زواله، كما أن ما خرب من المساجد بخراب بقاعها لا يجوز بيعه لجواز أن تعود عمارة البقعة فيحتاج إلى مساجدها؛ ولأن في إحيائه نقض لحكم رسول الله ﷺ.

فأما حمى الأئمة، فإن قيل: إنه لا يجوز، فإحياؤه جائز. وإن قيل: إن حمى الإمام جائز كحمى رسول الله ﷺ، فهل يجوز إحياؤه وتمليك محييه؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يملكه بالإحياء، كما لا يملك حمى رسول الله ﷺ، لأن كليهما حمى محرم.

والقول الثاني: يملك بالإحياء وإن منع منه، لأن حمى الإمام اجتهاد، وملك الموات بالإحياء نص، والنص أثبت حكماً من الاجتهاد. والله أعلم.

بَابُ مَا يَكُونُ إِحْيَاءً

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالإِحْيَاءُ مَا عَرَفَهُ النَّاسُ إِحْيَاءً لِمِثْلِ المُحَيَّا إِنْ كَانَ مَسْكَناً فَبِأَنْ يَبْنِيَ بِمِثْلِ مَا يَكُونُ مِثْلُهُ بِنَاءً، وَإِنْ كَانَ لِلدَّوَابِّ فَبِأَنْ يَبْنِيَ مَحْظَرَةً. وَأَقَلُّ عِمَارَةِ الزَّرْعِ الَّتِي تُمْلَكُ بِهَا الأَرْضُ أَنْ يَجْمَعَ تُرَاباً يُحِيطُ بِهَا تَتَبَيَّنُ بِهِ الأَرْضُ مِنْ غَيْرِهَا، وَيَجْمَعَ حَرْثَهَا وَزَرْعَهَا. وَإِنْ كَانَ لَهُ عَيْنُ مَاءٍ أَوْ بِئْرٌ حَفَرَهَا، أَوْ سَاقَهُ مِنْ نَهْرٍ إِلَيْهَا، فَقَدْ أَحْيَاهَا)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وإنما أطلق رسول الله ﷺ ذكر الإحياء ولم يقيِّده وإن كان مختلفاً، لأن للناس فيه عرفاً، وكلهم إليه. كما أطلق ذكر الحرز في قطع السارق، والتفريط في البيع والقبض. لأن للناس فيه عرفاً.

لأن ما لم يتقدر في الشرع ولا في اللغة، كان تقديره مأخوذاً من العرف. وإذا كان هكذا، فعرف الناس في الإحياء يختلف بحسب اختلاف المحيا، فيقال للمحيي: لماذا تريد إحياؤه؟ فإن قال: أريد إحياؤه للسكنى قيل: فأقل الإحياء الذي تصير به مالكاً أن تبني حيطاناً تحظر، وسقفاً يورى. فإذا بنيت الحيطان والسقف، فقد أحييته وملكته. ولو بنيت ولم تسقف، لم يكمل الإحياء ولم يستقر الملك، لأن سكنى ما لم يسقف غير معهود في العرف.

فصل: فإن قال: أريد إحياؤه للدواب أو الغنم، فأقل الإحياء لذلك أن تبني حيطاناً فتصير بذلك محيياً مالكاً. لأن الدواب والغنم قد لا تحتاج في العرف إلى سقف، فلو لم يبني حيطانها ولكن عبأ الأحجار حولها، فذلك تحجير يصير به أولى من غيره، وليس بإحياء يصير به مالكاً.

وهكذا، لو حظر عليها بغصب إلا أن يكون ذلك مكاناً جرت عادة أهله أن يبنوا أوطانهم بالقصب كعرين بين آجام البطائح، فيصير بذلك محيياً اعتباراً بالعرف فيه. وهكذا

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣١.

في بلاد جبلان، عرفهم أن يبنوا منازل أوطانهم بالخشب، فيصير بناؤها بذلك إحياء يتم به الملك لعرفهم به، وإن لم يكن في غير بلادهم إحياء.

فصل: فإن قال: أريد إحيائها للزرع، فلا بد لها من ثلاثة شروط:

أحدها: أن يجمع لها تراباً يحيط بها ويميزها عن غيرها، وهو الذي يسميه أهل العراق: سناه.

والشرط الثاني: أن يسوق الماء إليها إن كانت يبساً من نهر أو بئر، وإن كانت بطائح حبس الماء عنها، لأن إحياء البطائح يحبس الماء على شروطه.

والشرط الثالث: أن يخزنها ليمكن زرعها، والحرث يجمع ويمسح ما استعلى من تطويل ما انخفض. فإن ساق الماء ولم يحرث، فقد ملك الماء وحريمه، ولم يملك ما تحجر عليه.

فإذا حرث بعد التحجير وسوق الماء، فقد اختلف أصحابنا في كمال الإحياء وحصول الملك على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو المنصوص في كتاب الأم، واختاره أبو إسحاق المروزي: أن الإحياء قد كمل والملك قد تم، وإن لم يزرع ولم يغرس. لأن مثابة الزرع بعد العمارة بمثابة السكنى بعد البناء، وليس ذلك شرطاً في الإحياء، كذلك الزرع والغرس.

والوجه الثاني: وهو المنصوص عليه في هذا الموضع: أنه لا يكمل الإحياء ولا يتم الملك إلا بالزرع والغرس بعد الحرث، لأنه من تمام العمارة، ومثابة السكنى بعد البناء بمثابة الحصاد بعد الزرع.

والوجه الثالث: وهو قول أبي العباس بن سريج: لا يكمل الإحياء ولا يتم الملك إلا بالزرع أو الغرس، ثم بالسقي، فما لم يسق لم يكمل الإحياء، لأن العمارة لم تكمل. والوجه الأول أصحها.

فإذا كمل الإحياء بما وصفنا، واستقر ملك المحيي عليها بما بينا، فهي أرض عشر وليست أرض خراج، سواء سقيت بماء العشر أو بماء الخراج.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن ساق إليها ماء الخراج وسقاها به، فهي أرض خراج. وإن ساق إليها ماء العشر فسقاها به، فهي أرض عشر.

وقال محمد بن الحسن: إن كانت الأرض المحياة على أنهار احتفرتها الأعاجم فهي أرض خراج، وإن كانت على أنهار أجراها الله تعالى كدجلة والفرات والنيل والبحر فهي أرض عشر.

وقد أجمع العراقيون على أن ما أحيي من موات البصرة وسباخها أرض عشر.

أما على قول محمد بن الحسن، فلأن دجلة البصرة مما أجراه الله تعالى من الأنهار، وما عليها من الأنهار المحدثة فهي محياة احتفرها المسلمون في الموات.

وأما أبو حنيفة، فقد اختلف في علة ذلك على قوله: فذهب بعض أصحابنا إلى أن العلة في ذلك أن ماء دجلة والفرات يستقر في البطائح فينقطع حكمه ويذهب الانتفاع به، ثم يخرج إلى دجلة والبصرة فلا يكون من ماء الخراج، لأن البطائح ليست من أنهار الخراج، وهذا قول طلحة بن آدم.

وقال آخرون: إن علة ذلك ومعناه: أن ماء الخراج يفيض إلى دجلة البصرة في حرزها، وأرض البصرة يشرب من مدها، والمد من البحر وليس من دجلة والفرات. وهذا تعليل جعلوه عذراً لمذهبهم حين شاهدوا الصحابة ومن تعقبهم من التابعين رضي الله عنهم قد أجمعوا عند إحياء البصرة، وهي أول مصر بني في الإسلام، على أنها أرض عشر لم يضرب عليها خراج. وليست العلة فيه إلا أنه موات استحدث إحياؤه، وكذلك كل موات أحيي، ولأنه لو كان حكم الأرض معتبراً بمائها حتى تصير أرض العشر خراجاً بماء الخراج، لوجب أن تصير أرض الخراج عشراً بماء العشر. وفي تركهم للقول بذلك في ماء العشر، إبطال لما قالوه في ماء الخراج، ولأن الأرض أصل، والماء فرع، لأمرين:

أحدهما: أن الماء قد يصرف عن أرض إلى أخرى، ويساق إليها ماء أرض أخرى.

والثاني: أن الخراج مضروب على الأرض دون الماء، والعشر مستحق في الزرع دون الأرض والماء، إذا كان الماء فرعاً لا يتعلق به أحد الحقين لم يجز أن يعتبر به واحد من الحقين.

فصل: وإذا أراد الرجل حفر بئر بالبادية، فإحياؤها يكون بحفرها حتى يصل إلى مائها. فما لم يصل إليه، فالإحياء غير تام. فإذا وصل إلى الماء، نظر: فإن كانت الأرض صلبة لا تحتاج إلى طي، فقد كمل الإحياء وتم الملك. وإن كانت الأرض رخوة لا تستغني عن طي، صار الطي من كمال الإحياء. فما لم يطو، فالإحياء لم يكمل. فإذا كمل الإحياء،

نظر: فإن حفرها للسابلة صارت سبيلاً على ذي كبد من آدمي أو بهيمة، ويكن حافرها كأحدهم. فقد وقف عثمان رضي الله عنه بردمه، فكان يغترف بدلوه مع الناس. وإن حفرها لنفسه، فقد ملكها وحريمها، وليس له أن يمنع فضل مائها. فلو أراد سدها منع منه، لما تعلق بفضل مائها من حقوق السابلة. وهكذا لو حفر نهراً أو ساق عيناً، كان في حكم البئر.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَهُ مَرَافِقُهَا الَّتِي لاَ يَكُونُ صَلاَحُهَا إِلاَّ بِهَا)[1].

قال الماوردي: وهكذا كما قال. قد ذكرنا أن من أحيا أرضاً فقد ملكها وحريمها، بدليل ما قدمناه على داود فيما تفرد به عن الكافة في إبطال الحريم.

فإذا كان حريم الأرض من حقوقها، فهو عندنا معتبر بالعرف فيما لا تستغني الأرض عنه من مرافقها، وليس بحدود. فإن كانت الأرض المحياة، كان حريمها طرفها ومفيض مائها، ويبدر زرعها، وما لا تستغني عنه من مرافقها.

وقال أبو حنيفة: حريمها ما لم يبلغه ماؤها وبعد منها.

وقال أبو يوسف: حريمها ما انتهى إليها صوت المنادي من حدودها.

وكلا المذهبين تركيب لقدر لم يركبه شرع، ولا اقتضاه معهود، ولا أوجبه قياس، وليس لما لم يوجبه واحد من هذه الثلاثة إلا أن يكون معتبراً بالعرف فيما لا يستغنى عنه.

فصل: وإن كان المحيا داراً، فحريمها طريقها وفناؤها. ولما مصرت البصرة وجعلت خططاً لقبائل أهلها، جعل عرض كل شارع من شوارعها عشرون ذراعاً، إلا الأعظم من شوارعها فإنهم جعلوه ستين ذراعاً. وجعلوا عرض كل زقاق تسع أذرع، وجعلوا في وسط كل قبيلة رحبة فسيحة لمرابط خيلهم ومقابر موتاهم. وقد روى بشير بن كعب، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا اختلف القوم في طريق فليجعل سبعة أذرع**»[2]، وهذا إنما قاله اختياراً لا حتماً، لأنه لم يجعل ذلك حدًّا فيما أحياه لأصحابه بالمدينة.

فصل: وأما البئر والنهر، فحريمها معتبر بالعرف أيضاً من غير تحديد، وكذلك العين، وهو: قدر ما تدعو الحاجة إليه فيما حولها.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣١.

(٢) حديث أبي هريرة: أخرجه مسلم في المساقاة (١٦١٣) وأبو داود (٣٦٣٣) والترمذي (١٣٥٦) وابن ماجة (٢٣٣٨) والبيهقي ٦/ ١٥٤ وأحمد ٢/ ٢٢٨ والبغوي (٢١٧٥).

وقال أبو حنيفة: حريم العين خمسمائة ذراع، وحريم بئر الناضح خمسون ذراعاً.

وقال أبو يوسف: حريم بئر العطن أربعون ذراعاً، إلا أن يكون رشاؤه أبعد فتكون له منتهى رشائه. وحريم النهر ملقى طينة عند حفره، وحريم الفناء ما لم يسمح على وجه الأرض، وكان جامعاً للماء. والعرف في ذلك أولى من تحديد ما لم يتقدر شرعاً ولا قياساً.

فلو حفر بئراً في موات فملكها وحريمها، ثم حفر آخر من بعد الحريم بئراً أخرى، فنصب ماء الأولى إليها وغار فيها، قال مالك: يمنع الثاني، ويطمّ عليه بئره.

وهكذا لو حفر الثاني بئراً طهورا فتغير ماء الأولى، طمت الثانية على صاحبها.

وذهب الشافعي وأبو حنيفة: إلى أن بئر الثاني مقرة وإن نضب بها ماء الأولى أو تغير، لأنه لا حق للأول فيما جاوز حريم ملكه، ولو استحق المنع لتقدير الحريم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَنْ أَقْطَعَ أَرْضاً أَوْ تَحَجَّرَهَا فَلَمْ يُعْمِرْهَا، رَأَيْتُ لِلسُّلْطَانِ أَنْ يَقُولَ لَهُ: إِنْ أَحْيَيْتَهَا وَإِلاَّ خَلَّيْنَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَنْ يُحْيِيهَا، فَإِنْ تَأَجَّلَهُ رَأَيْتُ أَنْ يَفْعَلَ)(١).

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا تحجر أرض موات بإقطاع أو غير إقطاع، فقد صار بالحجر عليها أحق الناس بها، لثبوت يده عليها، وله بعد ذلك أربعة أحوال:

إحداها: أن يأخذ في الإحياء ويشرع في العمارة، فلا اعتراض عليه فيها، وهو أحق الناس بها حتى يستكمل العمارة ويتم الإحياء. فلو غلب عليها وأكمل المتغلب إحياءها فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون قد تغلب عليها قبل أن يشرع المحيي في عمارتها، فيكون ملكاً للمتغلب المحيي دون المحجر.

والضرب الثاني: أن يكون قد تغلب عليها بعد أن شرع المحجر في عمارتها وقبل استكمالها، فأكمل المتغلب الإحياء وتمم العمارة، ففيها وجهان:

أحدهما: أنها ملك للمحجر لما استقر من ثبوت يده وتقدم عمارته، ويصير المتغلب متطوعاً بنفقته.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣١.

والوجه الثاني: أنها ملك للمتغلب المحيي، لأنه أحدث ما به يتم الإحياء ويستقر الملك.

فصل: **والحال الثانية**: أن يوليها المحجر لغيره ويسلمها إليه، فهذا جائز، ويصير الثاني أحق بها من الناس كلهم: لأن الأول قد أقامه فيها مقام نفسه، وليست هبة منه، وإنما هي توليه وإيثار. وهكذا لو مات المحجر كان وارثه قائماً مقامه في إحيائها وأحق الناس بعده، لأن حقوقه بموته تصير منتقلة إلى ورثته.

فأما إن جن المحجر، فلا حق فيها لورثته، لأن الحي لا يورث، ولكن يقوم وليه مقامه في إحيائها للمحجر المجنون، لا لنفسه. فإن أحياها الولي لنفسه صار كمن غلب على أرض موات قد حجرها إنسان فأحياها، فيكون على ما مضى.

فصل: **والحال الثالثة**: أن يبيعها المحجر قبل العمارة، ففي جواز بيعه وجهان:

أحدهما: وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي وطائفة: إن بيعها جائز، لأنه لما كان أولى بها يداً، جاز أن يكون بها أولى بيعاً، وقد أشار الشافعي إلى هذا في كتاب السير.

والوجه الثاني: وهو الأظهر من قول الشافعي، وما صرح به في جمهور كتبه: أن بيعها لا يجوز، لأنه بالتحجير لم يملك، وإنما ملك أن يملك كالشفيع الذي يملك بالشفعة أن يتملك، فلم يجز أن يبيع قبل أن يملك. فإذا قبل بجواز البيع على الوجه الأول، فالثمن لازم للمشتري أحيا أو لم يحيي.

فلو أحياها غير المشتري متغلباً عليها، صارت ملكاً للمتغلب المحيي، وفي سقوط الثمن عن المشتري وجهان حكاهما ابن أبي هريرة.

أحدهما: وهو اختياره: أن الثمن لا يسقط عنه، لأنه من قبل نفسه أتى.

والوجه الثاني: أن الثمن قد سقط عنه، لأنه من قبل المبيع صار مستهلكاً قبل استقرار الأرض بالإحياء وإذا قيل: ببطلان البيع على الوجه الثاني، فإن أحياها غير المشتري، فإن تغلب عليها فهي ملك للمحيي ولا شيء على المشتري. فإن أحياها المشتري، نظر: فإن كان بعد أن حكم يفسخ البيع فهي ملك للمشتري المحيي، وإن كان قبل الحكم، يفسخ البيع ففيه وجهان:

أحدهما: أنها ملك للمشتري أيضاً، لأن بإحيائها صارت ملكاً، كما لو كان المحيي متغلباً.

والوجه الثاني: أنها ملك للبائع المحجر، لأن المشتري قصد أن يملكها بالثمن دون الإحياء، فإذا لم يلزمه الثمن لفساد البيع لم يحصل له الملك.

فصل: والحال الرابعة: أن يمسكها المحجر بيده مواتاً لا يأخذ في عمارتها، فينظر: فإن كان في ترك، العمارة معذوراً ترك ولم يعترض عليه فيها. وإن أخر العمارة غير معذور، فعلى السلطان أن يقول له: إن أحييتها وأخذت في عمارتها، وإلا رفعت يدك عنها وخلينا بينها وبين من يحميها ويعمرها، لئلا يصير مضراً بالحمى وتعطيل العمارة.

وقال أبو حنيفة: يؤجل ثلاث سنين لا يخاطب فيها، فإن لم يحمها حتى مضت السنين الثلاث فلا حق له فيها، استدلالاً بأن عمر رضي الله عنه جعل أجل الإقطاع ثلاث سنين.

وهذا القول لا وجه له، وعمر رضي الله عنه إنما جعل ذلك في بعض الأحوال لمصلحة رآها ولم يجعل ذلك أجلاً شرعياً، لأن النبي ﷺ لم يقدر فيها أجلاً. فلو أن المحجر حين أمره السلطان بالإحياء أو رفع يده سأل التأجيل والإنظار، أجله مدة قريبة إن ظهر له أعذار ويرجى قرب زوالها، من إعداد آلة أو جمع رجال، أو قدم مال قريب الغيبة؛ ولا يؤجل ما يطول زمانه، أو ما لا تظهر فيه أعذاره. وبالله التوفيق.

باب ما يجوز أن يقطع وما لا يجوز

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (مَا لاَ يَمْلِكُهُ أَحَدٌ مِنَ النَّاسِ يُعْرَفُ صِنْفَانِ: أَحَدُهُمَا مَا مَضَى، وَلاَ يَمْلِكُهُ إِلاَّ بِمَا يَسْتَحْدِثُهُ فِيهِ. وَالثَّانِي: مَا لاَ تُطْلَبُ المَنْفَعَةُ فِيهِ إِلاَّ بِشَيْءٍ يَجْعَلُ فِيهِ غَيْرَهُ، وَذَلِكَ المعَادِنُ الظَّاهِرَةُ وَالبَاطِنَةُ، مِنَ الذَّهَبِ وَالتِّبْرِ وَالْكُحْلِ وَالْكِبْرِيت وَ المِلْحِ وَغَيْرِهِ)[1].

قال الماوردي: وجملة ما لم يملكه من الأرض ضربان: معادن، وموات.

فأما الموات فقد انقضى حكمه. وأما المعادن: فهي البقاع ألتي أودعها الله عز وجل جواهر الأرض، سميت بذلك لإقامة الجواهر فيها، كما قال تعالى: ﴿جنات عدن﴾[2] أي: جنات إقامة.

غير أن المزني أخطأ في نقله حين نقل فقال: «ما لا نطلب المنفعة فيه إلا بشيء يجعل فيه غيره» وهذه صفة الموات ألتي لا منفعة فيه، إلا أن يجعل فيه غيره من غرس أو زرع أو بناء؛ فأما المعادن فهي التي بطلت المنفعة فيها لا بشيء يجعل فيه غيره من غرس أو زرع أو بناء، لأن منفعته مخلوقة فيه.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَأَصْلُ المَعَادِنِ صِنْفَانِ: مَا كَانَ ظَاهِراً كَالمِلْحِ فِي الجِبَالِ، تَنْتَابُهُ النَّاسُ، فَهَذَا لاَ يَصْلُحُ لأَحَدٍ أَنْ يَقْطَعَهُ بِحَالٍ، وَالنَّاسُ فِيهِ شَرْعٌ. وَهَكَذَا النَّهْرُ وَالمَاءُ الظَّاهِرُ وَالنَّبَاتُ فِيمَا لاَ يَمْلَكُ لأَحَدٍ. وَقَدْ سَأَلَ الأَبْيَضُ بنُ حَمَّالٍ النَّبِيَّ ﷺ أَنْ يُقْطِعَهُ مِلْحَ مَأْرِبٍ فَأَقْطَعَهُ إِيَّاهُ، أَوْ أَرَادَهُ فَقِيلَ لَهُ: إِنَّهُ كَالمَاءِ العَدِّ فَقَالَ: «فَلاَ إِذَنْ» قَالَ وَمِثْلُ هَذَا كُلُّ عَيْنٍ ظَاهِرَةٍ كَنَفْطٍ أَوْ قِيرٍ أَوْ كِبْرِيتٍ أَوْ مُومِيَا أَوْ حِجَارَةٍ ظَاهِرَةٍ فِي غَيْرِ مِلْكِ أَحَدٍ، فَهُوَ كَالمَاءِ وَالكَلأِ وَالنَّاسُ فِيهِ سَوَاءٌ)[3].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣١.

(٢) سورة التوبة، الآية: ٧٢، والرعد، الآية: ٢٣، والنحل، الآية: ٣١، والكهف، الآية: ٣١. ومريم، الآية: ٦١، وطه، الآية: ٧٦...

(٣) مختصر المزني: ص ١٣١. وحديث أبيض بن حمّال. أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٨٠) وأبو داود:

قال الماوردي: وهذا صحيح. والمعادن ضربان: ظاهرة، وباطنة.

فأما الباطنة فيأتي حكمها فيما بعد. وأما الظاهرة: فهو كل ما كان ظاهراً في معدنه يؤخذ عفواً على أكمل أحواله، كالملح، والنفط، والقار، والكبريت، والمومياء والحجارة، فهذه المعادن الظاهرة كلها لا يجوز للإمام أن يقطعها، ولا لأحد من المسلمين أن يحجر عليها، والناس كلهم فيها شرع يتساوون فيها، لا فرق بين صغيرهم وكبيرهم، ذكرهم وإناثهم، مسلمهم وكافرهم.

روى ثابت بن سعد عن أبيه عن جده: أن أبيضَ بن حَمَّال استقطع رسول الله ﷺ ملح مأرب فأقطعه، ثم إن الأقرع بن حابس التميمي قال: يارسول الله إني قد وردتُ الملح في الجاهلية وهو بأرضٍ ليس فيها ملح، ومن ورَده أخذه، وهو مثل الماء العدّ بأرض، فاستقال الأبيضُ من قطيعته الملح، فقال الأبيض: قد أقلتُكَ منه على أن تجعلَه مني صدقة، فقال رسول الله ﷺ: «هو منك صدقة، وهو مثل الماء العد من ورده أخذه».

وروت بهيسة عن أبيها أنه قال: يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال: الماء، قال: يا نبي الله ما الشيءُ الذي لا يحلُّ منعه؟ قال: الملح. قال: يا نبي الله ما الشيءُ الذي لا يحلُّ منعه قال: «أن تفعل الخير خيراً لك»[1]، وأنه ليس المانع بأحق من الممنوع، فاقتضى أن يكونا فيه سواء.

وإذا استوى الناس في المعادن الظاهرة، فإن أمكن اشتراك الناس فيه عند الاجماع عليه، وإلا تقدم الأسبق فالأسبق، فإن تساوى مجيئهم فعلى وجهين:

أحدهما: يقرع بينهم، فمن قرع منهم تقدم.

والوجه الثاني: يقدم السلطان باجتهاده من رأى.

فلو أقام رجل على المعدن زماناً يتفرد به وبما فيه، نظر: فإن كان مع تفرده به يمنع منه، فمنه تعدى وعلى السطان أن يرفع يده عنه وقد ملك ما أخذه منه، وإن لم يمنع غيره منه ففيه وجهان.

= (٣٠٦٤) وابن ماجة (٢٤٧٥) والدارمي (٢/٢٦٨) والبيهقي ٦/١٤٩ والدارقطني (٤/٢٢١) والبغوي (٢١٨٦) وأبو عبيد (٦٨٤) والماء العدّ: الدائم الذي لا انقطاع له كما نقل البيهقي عن الأصمعي.

(١) أخرجه البيهقي ٦/١٥٠.

أحدهما: أن يقرّ ما لم يكن في إقراره إدخال ضرر على غيره.

والوجه الثاني: يمنع ليلاً بطول مكثه وبدوام تصرفه، فينتقل عن حكم المباح إلى أحكام الأملاك.

وهذان الوجهان في هذين الفرعين من اختلاف أصحابنا: هَلْ للسلطان استحقاق نظر فيها أم لا؟ فلهم فيها وجهان.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَتْ بُقْعَةٌ مِنَ السَّاحِلِ يَرَى أَنَّهُ إِنْ حَفَرَ تُرَاباً مِنْ أَعْلاَهَا ثُمَّ دَخَلَ عَلَيْهَا مَاءٌ ظَهَرَ لَهَا مِلْحٌ، كَانَ لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُقْطِعَهَا، وَلِلرَّجُلِ أَنْ يُعَمِرَهَا بِهَذِهِ الصِّفَةِ فَيَمْلِكَهَا)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأنها ليست في الحال معدناً، وإنما هي موات تصير بالإحياء معدناً فجاز إقطاعها، كما يجوز إقطاع الموات. والله أعلم.

---

(١) مختصر المزني: ١٣٢.

باب تفريق القطائع وغيرها

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالقَطَائِعُ ضَرْبَانِ: أَحَدُهُمَا مَا مَضَى، وَالثَّانِي: إِقْطَاعُ إِرْفَاقٍ لاَ تَمْلِيكٍ، مِثْلُ المَقَاعِدِ بِالأَسْوَاقِ الَّتِي هِيَ طَرِيقُ المُسْلِمِينَ، فَمَنْ قَعَدَ فِي مَوْضِعٍ مِنْهَا لِلْبَيْعِ كَانَ بِقَدْرِ مَا يَصْلُحُ لَهُ مِنْهَا مَا كَانَ مُقِيماً فِيهِ، فَإِذَا فَارَقَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْعُهُ مِنْ غَيْرِهِ، كَأَفْنِيَةِ العَرَبِ وَفَسَاطِيطِهِمْ فَإِذَا انْتَجَعُوا لَمْ يَمْلِكُوا بِهَا حَيْثُ تَرَكُوا»[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. قد ذكرنا أن إقطاع السلطان إنما يتوجه إلى ما كان مباحاً من الأرض لم يجر عليه ملك مسلم.

قال الشافعي في الأم: وليس للسلطان أن يعطي إنساناً ما لا يحل للإنسان أن يأخذه من موات لا مالك له، والسلطان لا يحل له شيئاً ولا يحرمه. ولو أعطى السلطان أحداً شيئاً لا يحل له، لم يكن له أخذه، فدل ذلك من قوله مع ما قد استقرت عليه أصول الشرع: أن ما استقرّ عليه ملك آدمي لم يجز للسلطان أن يقطعه أحداً، وإن أقطعه جاز للمقطع أن يملكه.

فأما ما لم يستقر عليه ملك من سباخ الأرض، فينقسم ثلاثة أقسام:

قسم: لا يجوز إقطاعه.

وقسم: يجوز إقطاعه.

وقسم: اختلف قوله في جواز إقطاعه.

فأما ما لا يجوز إقطاعه فالماء والكلأ وسائر المعادن الظاهرة، وقد مضى الكلام فيها.

وأما ما اختلف قوله في جواز إقطاعه فهي: المعادن الباطنة، ويأتي الكلام فيها.

وأما ما يجوز إقطاعه فينقسم ثلاثة أقسام:

قسم: يملك بعد الاقطاع.

---

(١) مختصر المزني: ١٣٢.

وقسم: لا يملك.

وقسم: اختلف قوله في تمليكه.

فأما ما يملك بعد الاقطاع فهو الموات، يملك بالإحياء ملكاً مستقراً وقد مضى.

وأما ما يملك بالاقطاع فهو الذي ذكره في هذا الباب، وهو: الارتفاق بمقاعد الأسواق، وأفنية الشوارع، وحريم الأمصار، ومنازل الأسفار، أن يجلس فيه الباعة وأن تحط فيه الرحال، فهذا مباح، قد أقر رسول الله ﷺ الناس عليه بمكة والمدينة، ومكن الخلفاء الراشدون بعده في الأمصار كلها فتوحها ومحياها. ولأن حاجة الناس إلى ذلك ماسة، وضرورتهم إليه داعية، فجرى مجرى الاستطراق والارتفاق. وأما ما اختلف قوله في تمليكه، فهو المعادن الباطنة.

فصل: فإذا تقرر جاز الإرتفاق بما وصفنا، فهو على ثلاثة أضرب:

ضرب: يختص الارتفاق فيه بالصحاري والفلوات.

وضرب: يختص الارتفاق فيه بأفنية المنازل والأملاك.

وضرب: يختص الارتفاق فيه بأفنية الشوارع والطرقات.

فأما الضرب الأول: وهو ما يختص الارتفاق فيه بالصحاري والفلوات، كمنازل المسافرين إذا حلوا في أسفارهم بمنزل استراحة، فلا نظر للإمام عليهم فيه، لبعده عنهم، ويجوز لهم النزول حيث لا يضرون المجتاز ولا يمنعون سائلاً، ثم لهم الماء والمرعى من غير منع ولا حمى. وهكذا البادية إذا انتجعوا أرضاً طلباً للماء والكلأ مكثوا فيها، ولم يزالوا عنها. وليس لهم أن يمنعوا غيرهم من انتجاعها ورعيها، إلا أن يضيق بهم فيكون السابقون إليها أولى بها ممن جاء بعدهم.

روى يوسف بن ماهك عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: قلت: يا رسول الله ألا نبني لك بمنىً بناء يظلُّلُكَ من الشمس؟ فقال: «لا إنما هو مناخ من سبق إليه»[1] فلو ضاق المنزل عن جميع من ورد إليه نزلوا فيه بحسب مسيرهم إليه، يترتبون النزول كما كانوا مترتبين في المسير، فمن قصر عنهم عن لحوق المنزل نزل حيث بلغ.

---

(١) حديث عائشة: سبق تخريجه في الحج، وهو عند أبي داود (٢٠١٩) والترمذي (٨٨١) وابن ماجة (٣٠٠٦) و (٣٠٠٧) والبيهقي ٥/ ١٣٩ وصححه الحاكم ١/ ٤٦٧ وابن خزيمة (٢٨٩١).

ولو ضاق بهم الماء، فإن كانوا لو تواسوا به عمَّهم، لزمهم أن يتواسوا فيه ومنعونا من أن يحوز بعضهم أكثر من حاجته. وإن ضاق عن مواساتهم فيه، كان الأسبق إليه أحق بقدر كفايته عنهم. فإن غلب عليه المسبوق لم يسترجع منه، لأنه قد ملكه بالإحازة بعد أن كان مباحاً. وإن جاءوا إليه على سواء، لم يسبق بعضهم بعضاً وهو ينقص عن كفايتهم، اقترعوا عليه: فأيهم قرع كان أحق بما يمسك رمقه حتى يرتوي الآدميون، وليس لمن قرع منهم أن يقدم بهائمه على ارتواء الآدميين.

فإذا ارتوى الآدميون جميعاً، استؤنفت القرعة بين البهائم، ولم يحملوا على القرعة المتقدمة لأنهما جنسان يختلف حكمهما. وهل تستأنف القرعة على أعيان البهائم، أو على أعيان أربابها؟ على وجهين.

أحدهما: أن تستأنف على أعيان أربابها تغليباً لحرمة الملك. فعلى هذا، إذا قرع أحد أرباب البهائم يسقي جميع بهائمه، ثم هكذا من قرع بعده.

والوجه الثاني: أن القرعة تستأنف على أعيان البهائم تغليباً لحرمتها، وسواء في ذلك ما يؤكل لحمه أو لا يؤكل، وهذا أصح الوجهين. لأن حرمة النفس أعظم من حرمة الملك، فعلى هذا إن قرعت القرعة مال رجل مرَّ تقديماً لمن قرع.

فصل: وأما الضرب الثاني: وهو ما يختص الارتفاق فيه بأفنية المنازل والأملاك، كمقاعد الباعة والسوقة في أفنية الدور، فينظر فيه: فإن أضر ذلك بأرباب الدور، منعوا من الجلوس إلا بإذنهم، وإن لم يضر بهم، نظر: فإن كان الجلوس على عتبة الدار لم يجز إلا بإذن مالك الدار، وهو أحق بالإذن من الإمام. وإن كان في فناء الدار وحريمها الذي لا يضر بالدار ولا بمالكها، ففيه قولان:

أحدهما: أنه يجوز لهم الجلوس فيه بغير إذن مالكها، لأن حريم الدار مرفق عا[م] كالطريق، وليس لرب الدار أن يمنع من جلس، ولا يقدم عليه غيره.

والقول الثاني: أنه لا يجوز لهم الجلوس فيه إلا بإذن مالكها، لأن مالك الدار أح[ق] بحريمها. ولا يجوز للمالك وإن كان أحق بالإذن أن يأخذ عليه أجرة، كما يجوز أن يأخ[ذ] عليه بانفراده ثمناً، لأنه يقع للملك وليس بملك.

فلو كان مالك الدار مولى عليه، لم يجز لوليه أن يأذن في الجلوس فيه، لأنه غ

مستحق في الملك ولا معوض عليه، ولا منتفع به، وسواء كان مالك الدار مسلماً أو ذمياً. ولمالك الدار إذا أجلس رجلاً أن يقيمه منه إذا شاء، ويقدم عليه من يشاء.

فأما فناء المسجد، فإن كان في الجلوس فيه إضرار بأهل المسجد منعوا منه، وإن لم يكن فيه إضرار بأهل المسجد فهل يلزم استئذان الإمام فيه أم لا؟ على وجهين:

إن قيل: إن فناء الملك لا يلزم استئذان ربه فيه، لم يلزم استئذان الإحمام في فناء المسجد، وإذن الإمام إذن اجتهاد في الأصلح، وسواء في فناء المسجد جيرانه والأباعد.

فصل: وأما الضرب الثالث: وهو ما يختص بالارتفاق فيه بأفنية الشوارع والطرقات أن يجلس فيها السوقة بأمتعتهم ليبيعوا ويشتروا، فهذا مباح لما قدمنا من الدليل عليه، وللإمام أن ينظر فيه، واختلف أصحابنا في حكم نظر الإمام فيه على وجهين:

أحدهما: أن نظره فيه مقصور على كفهم عن التعدي، ومنعهم من الإضرار وليس له أن يمنع جالساً، ولا أن يقدم أحداً.

والوجه الثاني: أن نظره نظر مجتهد فيما يراه. فإذا أخذ الباعة مقاعدهم في أفنية الأسواق والطرقات، روعي في جلوسهم ألا يضروا بمارٍ، ولا يضيقوا على سائلٍ. وليس للإمام أن يأخذ منهم أجرة مقاعدهم. فلو جلس رجل بمتاعه في مكان، فجاء غيره ليقيمه منه ويجلس مكانه، لم يجز ما كان الأول جالساً بمتاعه. فلو قام ومتاعه في المكان، فهو على حقه فيه، ومنع غيره منه.

فإذا قاموا من مقاعدهم بأمتعتهم عند دخول الليل، ثم غدوا إليها من الغد، كان كل من سبق إلى مكان أحق به، ولا يستحق العود إلى المكان الذي كان فيه وعرف به.

وقال مالك: إذا عرف أحدهم بمكانه طال جلوسه فيه، فهو أحق به من غيره لما فيه من المصلحة بقطع التنازع، ووقوع الاختلاف. وهذا عنه صحيح، لقوله ﷺ: «منى مناخ من سبق» ولأنه لو جعل أحق به، لصار في حكم ملكه ولحماه عن غيره.

فلو تنازع رجلان في مقعد ولم يمكنهما الجلوس بناء على نظر الإمام، فيه وجهان:

أحدهما: يقرع بينهما، فأيهما قرع كان به أحق. وهذا على الوجه الذي يجعل نظر الإمام مقصوراً على منع الضرر وقطع التنازع.

والوجه الثاني: أن الإمام يجتهد رأيه في إجلاس من يرى منهما، وهذا على الوجه الذي يجعل نظر الإمام نظر اجتهاد ومصلحة.

فلو أقطع الإمام رجلاً موضعاً من مقاعد الأسواق ليبيع فيه متاعه، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه أحق بالمكان ما لم يسبق إليه، فإن سبق إليه كان السابق أحق به، وهذا إذا قيل: إن نظره مقصور على منع الضرر.

والوجه الثاني: أنه أحق من السابق بذلك المكان، وهذا إذا قيل: إن نظره اجتهاد في الأصلح.

فلو أن رجلاً ألف مقعداً في فناء طريق حتى تقادم عهده فيه وعرف به، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: يقر في مكانه ما لم يسبقه إليه غيره.

والوجه الثاني: أنه يقام عنه ويمنع منه، لئلا يصير ذريعه، إلى تملكه وادعائه.

فلو أراد رجل أن يبني في مقعد من فناء السوق بناء منع، لأن إحداث الأبنية يستحق في الأملاك. وأما إذا حلق الفقهاء في المساجد والجوامع حلقاً، منع الناس من استطراقها والاجتياز فيها، لقوله ﷺ: «لا حمى إلا في ثلاث ثلة البئر، وطول الغرس، وحلقة القوم» فلو عرف فقيه بالجلوس مع أصحابه في موضع من الجامع، لم يكن له منع من سبق إليه، وكان السابق أحق به.

وقال مالك: قد صار من عرف بذلك الموضع من الفقهاء والقراء أحق به، وله منع من سبق إليه. وهذا غير صحيح لقوله تعالى: ﴿سواء العاكف فيه والباد﴾ والله أعلم بالصواب.

باب إقطاع المعادن وغيرها

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَفِي إِقْطَاعِ المَعَادِنِ قَوْلاَنِ، أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُخَالِفُ إِقْطَاعَ الأَرْضِ، لأَنَّ مَنْ أَقْطَعَ أَرْضاً فِيهَا مَعَادِنُ أَوْ عَمِلَهَا وَلَيْسَتْ لأَحَدٍ، سَوَاءٌ كَانَتْ ذَهَباً أَوْ فِضَّةً أَوْ نُحَاساً أَوْ مَا لاَ يَخْلُصُ إِلاَّ بِمُؤْنَةٍ لأَنَّهُ بَاطِنٌ مُسْتَكِنٌّ بَيْنَ ظَهْرَانَيْ تُرَابٍ أَوْ حِجَارَةٍ، كَانَتْ هَذِهِ كَالمَوَاتِ، فِي أَنَّ لَهُ أَنْ يُقْطِعَهُ إِيَّاهَا، وَمُخَالِفَةٌ لِلمَوَاتِ فِي أَحَدِ القَوْلَيْنِ، فَإِنَّ المَوَاتَ إِذَا أُحْيِيَتْ مَرَّةً ثَبَتَ إِحْيَاؤُهَا، وَهَذِهِ فِي كُلِّ يَوْمٍ يُبْتَدَأُ إِحْيَاؤُهَا لِبُطُونِ مَا فِيهَا)[١].

قال الماوردي: قد ذكرنا، أن المعادن ضربان: ظاهرة، وباطنة. وذكرنا: أن الظاهرة منها لا يجوز إقطاعها، فأما الباطنة: وهي التي لا شيء في ظاهرها حتى تحفر أو تقطع، فيظهر ما فيها بالحفر والقطع، كمعادن الفضة والذهب والنحاس، والحديد، سواء إحتاج ما فيها إلى سبك وتخليص كالفضة والنحاس، أو لم يحتج إلى ذلك كالتبر من الذهب، ففي جواز إقطاعها قولان:

أحدهما: أن إقطاعها لا يجوز، والناس كلهم فيها شرع، يتساوى جميعهم في تناول ما فيها كالمعادن الظاهرة التي يتساوى الناس فيها ولا يجوز إقطاعها، لأن ما فيها جميعاً مخلوق يوصل إليه بالعمل ويملك بالأخذ، فعلى هذا، يستوي حال المقطع وغيره في تناول ما فيها، كما لو أقطع المعادن الظاهرة ولم يصر أحق بها من لم يستقطعها.

والقول الثاني: إن إقطاعها جائز، والقطع أحق بها من غيره. روى كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه، عن جده «أن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزني معادن القبليّة جلسيَّها وغوْرِيَّها، وحيث يصلح الزرع من قُدْس، لم يعطه حق مسلم»[٢]. وفيه تأويلان:

أحدهما: وهو قول عبد الله بن وهب: إن جلسيَّها وغوريَّها، أعلاها وأسفلها.

---

(١) مختصر المزني: ١٣٢.

(٢) سبق تخريجه في الزكاة. وهو عند أبي داود (٣٠٦٢). وفي إسناده كثير وهو ركن من أركان الكذب كما قال الشافعي. والقبلية: من ناحية الفرع كما قال البغوي ٤/ ٤١٠.

والتأويل الثاني: وهو قول أبي عبيد وابن قتيبة: إن الغوري ما كان من بلاد تهامة، والجلس ما كان من بلاد نجد.

قال الشماخ[1]:

فَأَضْحَتْ عَلَى مَاءِ العُذَيْبِ وَعَيْنُهَا كَوَقْبِ الصَّنعا جِلْسِيُّهَا قَدْ تَغَوَّرَا

ولأن المعادن الباطنة تخالف الظاهرة من وجهين توافق بينهما الموات:

أحدهما: ما يلزم من كثرة المؤونة في الباطنة، حتى ربما ساوت مؤونة إحياء الموات وزادت، ولا يلزم ذلك في الظاهر.

والثاني: أن ما في الباطنة مظنون متوهم، فشابه ما يظن من منافع الموات بعد الإحياء. وما في الظاهرة مشاهد متيقن، فصارت الباطنة من هذين الوجهين مفارقة للظاهرة في المنع من إقطاعها، وملحقة بالموات في جواز إقطاعها.

فصل: فعلى هذا، إذا أقطعها الإمام رجلاً، فما لم يتصرف فيهما بالعمل لم يملكها، كما لا يملك الموات بالإقطاع ما لم يحييه، فإذا عمل فيها صار مالكها، وفي ملكه قولان:

أحدهما: أنه قد ملكها ملكاً مؤبداً، سواء أقام على العمل أو ترك، كما يملك الموات بالاحياء سواء استدام عمارته أو عطله. فعلى هذا، يكون إذن الإمام شرطاً في ثبوت ملكها، وإن لم يكن إذنه في إقطاعها شرطاً في تناول ما فيها، لكونه على أصل الإباحة.

والقول الثاني: أن ملكه لها مقدر بمدة عمله فيها، فما أقام على العمل فهو على ملكه، وله منع الناس منه. فإذا فارق العمل، زال ملكه عنه، وعاد إلى أصل الإباحة، إلا أن يكون ذلك لتعذر آلةٍ أو هرب عبد، فلا يزول ملكه ما كان ناوياً للعمل حتى يقطع قطع ترك، فيزول ملكه.

وإنما كان كذلك، لأن عمله يكون إحياء للطبقة التي عمل فيها فصار مالكاً لها بإحيائه وعمله، فأما ما تحت تلك الطبقة فلم يقع عليها عمل ولم يحصل فيها إحياء، فلم يملكها. فعلى هذا، اختلف أصحابنا: هل يكون إذن الإمام شرطاً في ثبوت ملكه عليها مدة عمله فيها؟ على وجهين:

---

[1] الشمّاخ بن ضرار بن حرملة المازني الذبياني (ت ٢٢) هـ. أدرك الجاهلية والاسلام. ومن أرجز الناس. راجع: الأعلام ٣/ ١٧٥.

أحدهما: أن إذنه شرط فيه حتى يجوز منع غيره، كما لو قيل: بتأبيد ملكه.

والوجه الثاني: إن إذنه ليس بشرط، كما لم يكن إذنه شرطاً في إحياء الموات. لأن ملكه فيها يختص بما باشر عمله، ويجوز له عند شروعه في العمل أن يمنع غيره من الموضع الذي عمل فيه، ولا يمنعه من غير ذلك الموضع من العذر، كما لا يمنع بشروعه في إحياء الموات من غير إقطاع إلا من الموضع الذي عمل فيه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ يَنْبَغِي أَنْ يُقْطِعَهُ مِنَ المَعَادِنِ إِلاَّ قَدْرَ مَا يَحْتَمِلُ، عَلَى إِنَّهُ إِنْ عَطَّلَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْعُ مَنْ أَخَذَهُ. وَمِنْ حُجَّتِهِ فِي ذَلِكَ: أَنَّ لَهُ بَيْعَ الأَرْضِ، وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُ المَعَادِنِ، وَأَنَّهَا كَالْبِئْرِ تُحْفَرُ بِالبَادِيَةِ فَتَكُونُ لِحَافِرِهَا، وَلاَ يَكُونُ لَهُ مَنْعُ المَاشِيَةِ فَضْلَ مَائِهَا، وَكَالْمَنْزِلِ بِالْبَادِيَةِ هُوَ أَحَقُّ بِهِ، فَإِذَا تَرَكَهُ لَمْ يَمْنَعْ مِنْهُ مَنْ نَزَلَهُ)[1].

قال الماوردي: واعلمْ أن الإقطاع ضربان: إقطاع إرفاق، وإقطاع تمليك.

فأما إقطاع الإرفاق فهو التمكين من المعدن ليعمل فيه، ولا يمنع غيره منه، فهذا يصح في المعادن الظاهرة والباطنة جميعاً.

وأما إقطاع التمليك، فهو الذي يمنع منه في المعادن الظاهرة، وفي جوازه في المعادن الباطنة قولان مضيا.

فإذا جوزناه فلا ينتفي للإمام أن يقطع أحداً منه إلا قدر ما يحتمل أن يعمل فيه ويقدر على القيام به، فإن كان واحداً أقطعه قدر ما يحتمله الواحد، وإن كانوا عشرة أقطعهم قدر ما يحتمل العشرة، فإن اقتطع أحداً ما لا يقدر على العمل فيه ولا يتمكن من القيام به، لم يجز لما فيه من تفويت منفعته على المقطع وغيره، فصار أسوأ حال من الحمى الذي ينتفع به من حماه.

وأما قوله: «على أنه إن عطَّله لم يكن له منع من أخذه» فقد اختلف أصحابنا في مراده به، فقال بعضهم: أراد به إقطاع الإرفاق دون التمليك. وقال آخرون: بل أراد به قطاع التمليك، وهو أحد قوليه في أنه يملكه مدة عمله، ولا يملكه إذا عطله. فأما ما ظهر بالعمل قبل التعطيلْ فقد صار في ملكه، وله منع غيره منه.

---

(١) مختصر المزني: ١٣٢.

وقال آخرون: بل أراد به إقطاع التمليك إذا قدره بمدة العمل وشرط فيه زوال الملك عند تعطيل العمل، فلا يتأيد ملكه قولاً واحداً. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقْطَعَ أَرْضاً فَأَحْيَاهَا، ثُمَّ ظَهَرَ فِيهَا مَعْدِنٌ مَلَّكَهُ مِلْكَ الأَرْضِ فِي القَوْلَيْنِ مَعاً)[1].

قال الماوردي: إذا أحيا الرجل أرضاً مواتاً بإقطاع أو غير إقطاع، فظهر فيها بعد الإحياء معدن، فقد ملكه ملكاً مؤبداً قولاً واحداً، سواء كان المعدن ظاهراً أو باطناً. لأن المعدن لم يظهر إلا بالإحياء، فصار كعين استنبطها، أو بئر إحتفرها. ولأن المعدن من أرضه التي ملكها بإحيائه، فخالف المعادن التي في غير ملكه.

فإن قيل: أليس لو أحيا أرضاً فظهر فيها ركاز لم يملكه، فهلا صار المعدن مثله لا يملكه؟

قيل: الفرق بينهما، أن المعدن خلقة في الأرض فمالكه يملك الأرض، والركاز مستودع في الأرض فلم يملك، وإن ملك الأرض لما بنته لها. ألا ترى أنه لو اشترى أرضاً فكان فيها حجارة مستودعة لم يملكها، ولو كانت الحجارة خلقة فيها ملكها؟

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وكلُّ معدنٍ عملَ فِيهِ جَاهِلِيٌّ ثُمَّ اسْتَقْطَعَهُ رَجُلٌ، فَفِيهِ أَقَاوِيلُ أَحَدُهَا: أَنَّهُ كَالبِئْرِ الجَاهِلِيِّ وَالمَاءِ العَدِّ، فَلَا يُمْنَعُ أَحَدٌ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ، فَإِذَا اسْتَبَقُوا إِلَيْهِ فَإِنْ وَسِعَهُمْ عَمِلُوا مَعاً، وَإِنْ ضَاقَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ أَيُّهُمْ يَبْدَأُ، ثُمَّ يَتْبَعُ الآخَرُ فَالآخَرُ، حَتَّى يَتَآسُوا فِيهِ. وَالثَّانِي: لِلْسُّلْطَانِ أَنْ يُقْطِعَهُ عَلَى المَعْنَى الأَوَّلِ فِيهِ، وَلَا يَمْلِكُهُ إِذَا تَرَكَهُ. وَالثَّالِثُ: يَقْطَعُهُ فَيَمْلِكُهُ مِلْكَ الأَرْضِ إِذَا أَحْدَثَ فِيهَا عِمَارَةً)[2].

قال الماوردي: إعلمْ أن المعادن الباطنة ضربان:

ضرب: لم يعمل فيه.

وضرب: عمل فيه.

فأما ما لم يعمل فيه فضربان.

أحدهما: أن يعمل منه بما يشاهد من ظاهره أنه إن عمل فيه ظهر نيله وأجاب

---

(١) مختصر المزني: ١٣٢.

(٢) مختصر المزني: ١٣٢.

ولم يخلف، فهذا هو الذي ذكرنا اختلاف قول الشافعي في جواز إقطاعه. ومن لم يقطع، فهو على أصل الإباحة لمن ورده أن يعمل فيه.

والضرب الثاني: أن لا يعلم منه ظهور نيله يقيناً، وقد يجوز أن يخلف، ويجوز أن لا يخلف، فقد اختلف أصحابنا فيه: هل يجري عليه حكم الموات في جواز إقطاعه وتأييد ملكه بالإحياء، أو يجري عليه حكم المعادن؟ على وجهين.

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنه يجري عليه حكم الموات في جواز إقطاعه وتأييد ملكه بالإحياء، لأنه من جملة الموات ما لم يتيقن كونه معدناً.

والوجه الثاني: أنه يجري عليه حكم المعادن تغليباً لظاهر أمرها، ما لم يتيقن كونه مواتاً. والأول أصح، والله أعلم بالصواب.

فصل: وأما ما عمل فيه فضربان:

أحدهما: أن يكون العمل فيه إسلامياً فضربان:

أحدهما: أن يكون عن إقطاع إمام.

والثاني: عن غير إقطاع.

فإن كان قد عمل فيه مسلم بغير إقطاع، فإن ترك العمل عاد إلى أصله في الإباحة، وجاز للناس العمل فيه، وفي جواز إقطاعه قولان.

وإن كان المسلم مقيماً على العمل فيه، ففي جواز مشاركة الناس له فيه وجهان من اختلاف أصحابنا: هل يكون إذن الإمام شرطاً في تملكه مدة العمل أم لا؟.

أحدهما: أنه قد صار أحق به من غيره، وله منع الناس منه، وليس لأحد مشاركته فيه حتى يقطع العمل. وهذا على الوجه الذي لا يجعل إذن الإمام شرطاً في تملكه مدة العمل. وعلى هذا لا يجوز للإمام في مدة عمله أن يقطعه أحداً.

والوجه الثاني: أنه فيه وغيره سواء، ولمن ورد إليه أن يشاركه في العمل، وإنما يختص هذا العمل بالموضع الذي قد عمل فيه دون غيره، وهذا على الوجه الذي يجعل إذن الإمام شرطاً في تملكه مدة العمل.

وعلى هذا، يجوز للإمام في مدة عمله أن يقطعه من رأى، ويتوجه إقطاع الإمام إلى ما سوى موضع عمله من المعدن. فإذا قطع العمل، جاز إقطاع جميعه.

فصل: فإن كان قد عمل فيه مسلم بإقطاع إمام، لم يجز في مدة العمل أن يشارك فيه. فأما بعد قطع العمل، فإن قيل: قد استقر ملكه عليه مؤبداً، لم يجز أن يعمل فيه أحد إلا بإذنه، ولا أن يجعله الإمام إقطاعاً لغيره، ويجوز له أن يبيعه ويهبه، وإن مات ورث عنه كسائر أمواله.

وإن قيل: إن ملكه مقدراً بمدة العمل، جاز لغيره أن يعمل فيه، وهل يفتقر إلى إذن الإمام أم لا؟ على وجهين مضيا.

وهل يجوز للإمام إقطاعه أم لا؟ على ما ذكرناه من القولين. ولا يجوز له بعد قطع العمل أن يبيعه، ولا أن يهبه، وإن مات لم يورث عنه. فأما في مدة العمل فلا يجوز له بيعه ولا هبته، لأن ملكه غير مستقر لكن ترتفع يده بالهبة ولا ترتفع بالبيع.

والفرق بينهما: أن رفع يده في البيع كان مشروطاً بعوض لم يحصل له ولم ترتفع يده، وليس كذلك الهبة، ولا يورث عنه بالموت، ويكون لوارثه إتمام ما شرع فيه من العمل، وهو فيما يستأنفه كسائر الناس كلهم: هل يلزمه استئذان الإمام فيه بعد تقضي مدة الإقطاع بترك العمل أم لا؟ على وجهين.

فصل: فإن كان العمل فيه جاهلياً كمعدن عملت الجاهلية فيه ثم وصل المسلمون إليه، فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون الجاهلي قد تملكه بعمله أو بإحيائه، فهذا مغنوم ولا يجوز أن يقطع، ولا أن يستبيحه الناس، ويجري عليه حكم ما استقرت عليه أرضهم من صلح أو غيره.

والقسم الثاني: أن يكون الجاهلي لم يتملكه بعمله ولا بإحيائه، وإنما استمتع بما فيه وفارقه عفواً، فهوفي حكم المعادن المباحة، إن كان ظاهراً منع من إقطاعه، وإن كان باطناً فعلى قولين:

أحدهما: أنه في حكم العامر من أموالهم، لا يجوز إقطاعه ولا استباحته.

والثاني: أنه في المعادن الإسلامية، وفي إقطاعها قولان. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكُلُّ مَا وَصَفْتُ مِنْ إِحْيَاءِ المَوَاتِ

وَإِقْطَاعِ المَعَادِنِ وَغَيْرِهَا، فَإِنَّمَا عَنَيْتُهُ فِي عفو بِلَادِ العَرَبِ الَّذِي عَامِرُهُ عُشْرٌ، وَعَفْوُهُ مَمْلُوكٌ)(١).

قال الماوردي: إعلم أن الشافعي أراد بهذا الفصل: أن جميع ما وصفه من إحياء الموات وإقطاع المعادن وغيرها من الحمى، فإنما هو في بلاد الإسلام فقال: «إنما عينته في عفو بلاد العرب»، يريد بالعفو: الموات الذي هو عفو متروك، ويريد ببلاد العرب: بلاد الإسلام، لأن بلاد العرب هي دار الإسلام، ومنها بدأ، وفيها نشأ.

ثم قال: «الذي عامره عشر» يعني: لا خراج عليه، وإنما هي أرض عشر يؤخذ العشر من زرعها، ولا يؤخذ الخراج من أرضها.

ثم قال: «وعفوه مملوك»، وروى الربيع: وعفوه غير مملوك، فاختلف أصحابنا لاختلاف هذه الرواية:

فكان أبو علي بن أبي هريرة، وأبو حامد المروزي، وأبو حامد الإسفراييني: ينسبون المزني إلى الخطأ في نقله حين قال: وعفوه مملوك، لأنه لو كان مملوكاً ما جاز إحياؤه، وإن الصحيح ما نقله الربيع، وإن عفوه مملوك ليملك بالإحياء.

وكان إبو القاسم الصيمري وطائفة يقولون: كلا النقلين صحيح، والمراد بهما مختلف. فقول المزني: وعفوه مملوك، يعني: لكافة المسلمين، وذلك لم يجز لمشرك أن يحيي مواتاً في بلاد الإسلام. وقول الربيع: وعفوه غير مملوك، يعني: لواحد من المسلمين بعينه، لأن من أحياه منهم ملكه.

فإن قيل: فلما خص الشافعي رحمه الله بلاد الإسلام بهذا التقسيم من الحكم، وقد تكون بلاد الشرك مثلها وعلى حكمها، فعن ذلك جوابان:

أحدهما: أنه خص بلاد الإسلام بذلك، لأن أحكامنا عليها جارية، بخلاف بلاد الشرك الذي لا تجري عليها أحكامنا.

والثاني: أن بلاد الشرك قد يكون حكمها كبلاد الإسلام في عامرها ومواتها بحسب اختلاف فتوحها، فلم يجز أن يجمعها في الحكم.

---

(١) مختصر المزني: ١٣٢.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكُلُّ مَا ظَهَرَ عَلَيْهِ عَنْوَةً مِنْ بِلَادِ العَجَمِ فَعَامِرُهُ كُلُّهُ لِمَنْ ظَهَرَ عَلَيْهِ مِنَ المُسْلِمِينَ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ)[1].

قال الماوردي: اعلم أن بلاد الشرك إذا صارت من بلاد الإسلام، فعلى ضربين:

أحدهما: أن تصير من بلاد الإسلام عفواً بإسلام أهلها، طوعاً من غير إيجاف خيل ولا ركاب، ولا بتهديد وإرهاب، فحكم ذلك حكم ما أحياه المسلمون من أمصارهم في ملكهم لرقاب عامرها، واستواء كافة المسلمين في إحياء موتاها، وجميعها أرض عشر فيما أسلموا عليه من عامر، وما استأنفوا إحياءه من موات.

والضرب الثاني: ما ظهر عليه المسلمون باليد والغلبة، وذلك ضربان:

أحدهما: ما ملك عنوة.

والثاني: ما فتح صلحاً.

فأما المملوك عنوة، فعامر مغنوم، يقسم خمسة على خمسة من أهل الخمس: وتكون أربعة أخماسه مقسومة بين الغانمين، فأما مواته فلهم فيه حالان:

أحدهما: أن لا يذبوا عنه ولا يمنعوا منه، ويخلوا بينه وبين المسلمين من غير حائل عنه، فهذا في حكم موات المسلمين من أحياه فقد ملكه، ولا يختص به الغانمون دون غيرهم.

والحال الثانية: أن يذبوا عنه ويمنعوا منه، ويقاتلوا دونه، فقد صار الغانمون أولى به، ثم اختلف أصحابنا: هل صاروا أولى به يداً أو ملكاً؟ على وجهين:

أحدهما: أنهم أولى به يداً، كالمحجر على الموات هو أولى به لمحجره، ويده من غيره وإن لم يصر ملكاً له. فإن أخروا أحياءه قال لهم الإمام: إما أن تحيوه، أو ترفعوا أيديكم عنه ليحييه غيركم، كما يقول لمن يحجر مواتاً في بلاد الإسلام، وهذا قول أبي إسحاق المروزي. وأبي حامد الإسفراييني. لأن منع المشركين منه تحجير، ثم انتقلت أيديهم إلى الغانمين فصاروا بالغنيمة متحجرين. فعلى هذا الوجه، لو بدر غير الغانمين فأحياه ملكه، كما يملك ما أحياه من موات ما يحجر عليه مسلم في بلاد الإسلام.

---

(١) مختصر المزني: ١٣٢.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد المروزي وأبي الفياض: إن الغانمين أولى بالموات ملكاً، لأنه قد صار بالمنع تبعاً للعامر، فلما ملك الغانمون العامر، ملكوا ما صار تبعاً له من الموات.

فعلى هذا، لا يملكه غيرهم بالإحياء، ولا يعترض عليهم برفع اليد بتأخير الإحياء، ولا يجوز لغيرهم أن يأخذ من معادن هذا الموات شيئاً لا من ظاهرها ولا من باطنها. وعلى الوجه الأول، يجوز. فهذا حكم ما فتح عنوة، وسيأتي حكم ما فتح صلحاً، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَا كَانَ فِي قَسْمِ أَحَدِهِمْ مِنْ مَعْدِنٍ ظَاهِرٍ فَهُوَ لَهُ، كَمَا يَقَعُ فِي قِسْمَةِ العَامِرِ بِقِيمَتِهُ فَيَكُونُ لَهُ)(١).

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قسم عامر بلاد العنوة بين الغانمين، فحصل في قسم أحدهما من العامر معدن، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ظاهراً. فهذا ملك لمن قسم له من الغانمين، لا يجوز لأحد أن يشاركه فيه، وإن كان ظاهراً.

والضرب الثاني: أن يكون باطناً. فلا يجوز أن يكون الإمام قد عرف حاله وقت القسم، أو لم يعرف. فإن عرف حاله بعد ملكه للغانم بالقسم، وإن لم يعرف حاله ففيه وجهان:

أحدهما: قد ملكه، كما يملك ما أحياه.

والثاني: لا يملكه لجهالة الإمام به، وإن قسم المجهول لا يصح.

فعلى هذا، لا يملك المعدن وحده، ويملك ما سواه مما قسم له. فإن لم يكن عليه في إفراده عن ملكه ضرر، فلا خيار له ولا بدل، وإن كان عليه في إفراده ضرر، فلا خيار له أيضاً، لأن قسم الإمام لا يتعلق به المقسوم له خيار، ولكن عليه أن يعطيه بدل النقص الداخل عليه بالضرر ما يكون عوضاً عنه، أو تنقض القسم من يعطيه غيره مما يفي بسهمه.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكُلُّ مَاكَانَ فِي بِلَادِ العَنْوَةِ مِمَّا عُمِّرَ مَرَّةً ثُمَّ تُرِكَ، فَهُوَ كَالعَامِرِ القَائِمِ العِمَارَةِ مِثْلُ مَا ظَهَرَتْ عَلَيْهِ الأَنْهَارُ وعُمِّرَ بِغَيْرِ ذَلِكَ عَلَى نُطَفِ السَّمَاءِ أَوْ بِالرِّشَاءِ وَكُلُّ مَا كَانَ لَمْ يُعَمَّرْ قَطُّ مِنْ بِلَادِهِمْ، فَهُوَ كَالمَوَاتِ مِنْ بِلَادِ العَرَبِ)(٢).

---

(١) مختصر المزني: ١٣٢.

(٢) مختصر المزني: ١٣٢.

قال الماوردي: إعلم أن ما اندرست عمارته من بلاد المشركين حتى صار مواتاً خراباً، على ثلاثة أقسام.

أحدها: أن تكون الشروط المعتبرة في إحيائها باقية فيه، كأرض الزراعات إذا كانت مسنياتها باقية وماؤها قائماً، وصار بنيات الحشيش فيها خراباً وبتأخير عمارتها مواتاً، فهذه في حكم العامر من أموالهم يقسم بين الغانمين في العنوة.

والقسم الثاني: أن تكون الشروط المعتبرة في إيجابها ذاهبة كالدور والمنازل، إذا ذهبت آلتها واندرست آثارها، فحكم هذا على ما استوفيناه تقسيماً وحكماً في صدر هذا الكتاب.

والقسم الثالث: أن تذهب بعض الشروط المعتبرة في إيجابها ويبقى بعضها كأرض الزرع إذا ذهبت مسنياتها وبقي ماؤها، أو ذهب ماؤها وبقيت مسنياتها، ففيه ثلاثة أوجه.

أحدها: أنه في حكم الموات ما لم يبق جميع آثاره.

والثاني: أنه في حكم الموات ما لم يبق جميع آثاره.

والثالث: أنه إذا تقادم العهد بجوابها صارت مواتاً، وإن قرب العهد لعمارتها فهي في حكم ما كان عامراً.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَا كَانَ مِنْ بِلَادِ العَجَمِ صُلْحاً، فَمَا كَانَ لَهُمْ فَلَا يُؤخَذُ مِنْهُمْ غَيْرَ مَا صُولِحُوا عَلَيْهِ إِلَّا بِإِذْنِهِمْ، فَإِنْ صُولِحُوا عَلَى أَنَّ لِلْمُسْلِمِينَ الأَرْضَ وَيَكُونُونَ أَحْرَاراً، ثُمَّ عَامَلَهُمُ المُسْلِمُونَ بَعْدُ، فَالأَرْضُ كُلُّهَا صُلْحٌ، وَخُمُسُهَا لِأَهْلِ الخُمُسِ، وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهَا لِجَمَاعَةِ أَهْلِ الفَيْءِ، وَمَا كَانَ فِيهَا مِنْ مَوَاتٍ فَهُوَ كَالمَوَاتِ غَيْرَهُ، فَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَلَى عَامِرِهَا وَمَوَاتِهَا كَانَ المَوَاتُ مَمْلُوكاً لِمَنْ مَلَكَ العَامِرَ، كَمَا يَجُوزُ بَيْعُ المَوَاتِ مِنْ بِلَادِ المُسْلِمِينَ إِذَا حَازَهُ رَجُلٌ)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا: أن ما انتقل إلينا من بلاد المشركين ضربان: عنوة، وصلحاً.

فأما بلاد العنوة فقد ذكرنا حكمها، وأما بلاد الصلح فضربان:

---

(١) مختصر المزني: ١٣٢.

أحدهما: أن يعقد الصلح فيها على بقاء ملكهم عليها، وأن يؤدوا عنها خراجاً، فهذا جزية تسقط عنهم بإسلامهم، وهو في العامر والموات على ما كانوا عليه قبل الصلح.

والضرب الثاني: أن يعقد الصلح معهم على أن رقاب أرضهم ملك للمسلمين، وتقر في أيديهم بخراج يؤدونه عنها، فهذا خراج أجرة لا تسقط عنهم بإسلامهم، ويكون الخراج في الموضعين مصروفاً في أهل الفيء.

فأما مواتهم، فلا يخلو أن يضم إلى العامر في الصلح، أو بعقل. فإن أعقل ولم يذكر، فهو في حكم الموات في بلاد المسلمين، وأرضهم إلى العامر في ملك المسلمين له صار في حكم ما غنم من مواتهم، إذا منعوا منه يكون أهل الفيء أولى به، وهل يكونون أولى به يداً أو ملكاً؟ على وجهين:

أحدهما: أنهم أولى به يداً، فإن أحياه غيرهم من المسلمين، ملك.

والثاني: أنهم أولى به ملكاً، فإن أحياه غيرهم لم يملكوا، تعلقاً بظاهر قول الشافعي: «كان الموات مملوكاً لمن ملك العامر»، ومن قال بالوجه الأول تأول ذلك بتأويلين:

أحدهما: أنه في موات كان عامراً ثم خرب، على ما مضى من تقسيم حكمه.

والثاني: أنه جعل ذلك ملكاً للمسلمين، لا لمن ملك العامر من أهل الفيء. لأن في الفيء خمس لأهل الخمس، وأربعة أخماسه لأهل الفيء، وهؤلاء هم كافة أهل الإسلام.

فصل: فأما قول الشافعي رحمه الله: «كما يجوز بيع الموات من بلاد المسلمين إذا أحازه رجل» فقد اختلف أصحابنا فيه:

فكان أبو إسحاق المروزي يحمل ذلك على ظاهره، ويجوز بيع الموات بإحازة المسلم، وإن لم يحييه؛ لأنه قد صار بالإحازة أولى به. وكان غيره، وهو الظاهر من مذهب الشافعي، يمنع من بيع الموات قبل الإحياء، لأن يده قد ترفع إن أخر الإحياء، وتأولوا قول الشافعي: «إذا أحازه رجل» فعبر عن الإحياء بالإحازة.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَنْ عَمِلَ فِي مَعْدِنٍ فِي الأَرْضِ مَلَكَهَا لِغَيْرِهِ، فَمَا خَرَجَ مِنْهُ فَلِمَالِكِهَا، وَهُوَ مُتَعَدٍّ بِالعَمَلِ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ١٣٢.

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا ملك رجل معدناً ظاهراً أو باطناً، إما بإحيائه أو بمغنم حصل في سهمه أو بإقطاع، وقيل: يجوز إقطاعه واستدامة ملكه، فليس لغيره من الناس أن يشاركه فيه، ولا أن يأخذ شيئاً منه. فإن فعل كان متعدياً في حكم الغاصب، يسترجع منه ما أخذه إن كان باقياً، ويغرم إن كان تالفاً بمثل ما له مثل، وبقيمة ما ليس له مثل؛ ولا أجرة له في عمله لتعديه به. ومن تعدّي في عمل له يستحق عليه عوضاً، وعليه غرم ما أفسد من المعدن بعمله.

وكان أبو القاسم الصيمري: يرى أن لا تعزيز عليه، تعليلاً بأن أصل المعدن قد كان مباحاً فصارت شبهة. والذي أرى: أن يعزز، وإن كان الأصل مباحاً قبل الملك، كما يقطع في سرقة الأموال المملوكة وإن كانت عن أصول مباحة.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ عَمِلَ بِإِذْنِهِ أَوْ عَلَى أَنَّ مَا خَرَجَ مِنْ عَمَلِهِ فَهُوَ لَهُ، فَسَوَاءٌ. وَأَكْثَرُ هَذَا أَنْ يَكُونَ هِبَةً لَا يَعْرِفُهَا الوَاهِبُ وَلَا المَوْهُوبُ لَهُ، وَلَمْ يَجُزْ وَلَمْ يَقْبِضْ، وَلِلإذنِ الخِيَارُ فِي أَنْ يَتِمَّ أَوْ يُرَدَّ، وَلَيْسَ كَالدَّابَّةِ يَأْذَنُ فِي رُكُوبِهَا لأَنَّهُ أَعْرَفُ بِمَا أَعْطَاهُ وَقَبَّضَهُ)[1]

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا ملك معدناً في أرض أحياها أو اشتراها، فظهر فيها، ثم إن رجلاً عمل فيه فأخرج منه قطعاً، فلا يخلو أن يكون عمل بإذنه، أو بغير إذنه.

فإن كان بغير إذنه، فهو متعدٍ بذلك ولا إجرة له، وما أخرجه فلصاحبه.

وإن كان ذلك بإذنه، فلا يخلو من أن يأذن له على أن يخرجه العامل لنفسه، أو له. فإن أذن له على أن يخرجه له، فما يخرجه يكون له، وهل للعامل الأجرة أم لا؟ يحكم فيه كالحاكم في الغسال إذا أعطاه الثوب ليغسله فغسله من غير أن يشترط له أجرة.

وأما إذا أذن له على أن ما يخرجه العامل فلنفسه دونه، فإن ذلك لا يصح، لأنها هبة مجهولة، والمجهول لا يصح تملكه، وكل ما يخرجه فإنه يرده على صاحب المعدن، إلا أن يستأنف له هبة بعد الاخراج ويقبضه إياه. ولا أجرة للعامل، لأنه عمل لنفسه، وإنما تثبت له الأجرة إذا عمل لغيره بإجارة صحيحة أو فاسدة.

فإن قيل: أليس إذا قارضه على أن يكون الربح كله للعامل، فعمل وربح، فإن الربح

---

(١) مختصر المزني: ١٣٢.

يكون لرب المال، وأجرة المثل للمقارض، وها هنا قد عمل لنفسه، لأنه شرط جميع الربح؟.

فالجواب: أنه ليس كذلك وإنما عمل لغيره، لأن رأس المال ليس له، وإنما هو لغيره، والبيع والشراء يقع لغيره دونه. فأما في مسألتنا، فإن العمل وقع لنفسه ولم يقصد بذلك إلا نفسه، فلهذا لم يكن له أجرة.

فأما إذا استأجره لإخراج شيء من المعدن، فإنه ينظر: فإن استأجره مدة معلومة صحت الإجارة، وإن كان العمل معلوماً مثل أن يقول: تحفر لي كذا وكذا ذراعاً، صح ذلك إذا كانت الأجرة معلومة. فأما إذا استأجره لذلك وجعل أجرته جزاءً مما يخرجه من المعدن، مثل أن يقول: ثلثه أو ربعه، فإن الإجارة فاسدة لأنها مجهولة، وله أجرة المثل. فإن كان ذلك بلفظ الجهالة مثل أن يقول: إن أخرجت منه شيئاً فقد جعلت لك نصفه أو ثلثه، فإنه لا يجوز، لأن الذي جعل له مجهول القدر. وإن جعل معلوماً فقال: إن أخرجت منه كذا، فقد جعلت لك عشرة دراهم، صح ذلك كما لو قال: من جاء بعبدي، أو قال: إن جئت بعبدي فلك دينار، صح ذلك. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ «مَنْ مَنَعَ فَضْلَ مَاءٍ لِيَمْنَعَ بِهِ الكَلَأَ مَنَعَهُ اللَّهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ يَوْمَ القِيَامَةِ» قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَيْسَ لَهُ مَنْعُ المَاشِيَةِ مِنْ فَضْلِ مَائِهِ، وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ مَا يُسْقَى بِهِ الزَّرْعُ أَوْ الشَّجَرُ إِلَّا بِإِذْنِهِ»)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. الآبار على ثلاثة أضرب:

ضرب: يحفره في ملكه.

وضرب: يحفره في الموات لتملكه.

وضرب: يحفر في الموات لا للتملك.

فأما الضرب الأول: وهو إذا حفر بئراً في ملكه، فإنما نقل ملكه من ملكه، لأنه ملك المحل قبل الحفر.

وأما الضرب الثاني: وهو إذا حفر بئراً في الموات ليتملكها، فإنه يملكها بالإحياء والإحياء أن يبلغ إلى مائها، لأن ذلك نيلها. وإذا بلغ نيل ما يحييه ملكه، وقيل: إن يبلـ

(١) مختصر المزني: ١٣٢.

الماء يكون ذلك تحجراً وهذا كما قلنا في المعدن الباطن: إن تحجيره ما لم يبلغ النيل، وإذا بلغ النيل كان ذلك إحياء ويملكه.

ويفارق المعدن على أحد القولين، لأن المعدن لا ينتهي عمارته، والبئر تنتهي عمارتها. فإذا بلغ الماء تكررت منفعتها على صنفيها، إذا ثبت هذا فهل يملك الماء الذي يحصل في هذين الضربين أم لا؟.

نص الشافعي: على أنه يملك. ومن أصحابنا من قال: لا يملك، لأن الماء في البئر لو كان مملوكاً يستبح بالإجارة، لأن الأعيان لا تستباح بالإجارة. ولأنه لو كان مملوكاً لما جاز بيع دارٍ في بئرها ماء بدارٍ في بئرها ماء؛ لأن الربا يجري في الماء لكونه مطعوماً. ولما جاز ذلك، دل على أنه ليس بمملوك.

والدليل على أنه مملوك: أنه نماء ملكه، فهو كثمرة الشجرة. ولأن هذا الماء معدن ظهر في أرضه، فهو كمعادن الذهب والفضة وغيرها إذا ظهرت في أرضه.

فأما الجواب عن قولهم لو كان مملوكاً لم يستبح بالإجارة، فهو: أن العين قد تستباح بالإجارة إذا دعت الحاجة إليه. ألا ترى أنه يجوز أن تملك بعقد الإجارة على الإرضاع عن اللبن، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك؟.

وجواب آخر وهو: أنه إنما جاز أن يستبيحه المستأجر لأنه لا ضرر على المكري في ذلك، لأنه يستخلف في الحال، وما لا ضرر عليه فيه فليس له منع الغير منه. ألا ترى أنه ليس له أن يمنع أن يستظل بحائطه، فكذلك ها هنا؟.

وأما الجواب عن دليلهم الثاني فهو: أن الماء يجري فيه الربا على أحد الوجهين فهو مملوك، ولا يجري فيه الربا على هذا الوجه، فكذلك صح البيع.

إذا تقرر هذان الوجهان، فإن قلنا: إنه مملوك، فليس لغيره أن يأخذ شيئاً منه، وإن أخذه كان عليه رده على صاحبه.

فإن قلنا: ليس بمملوك، فليس لغيره أيضاً أن يأخذ منه شيئاً، لأنه يحتاج أن يتخطى في ملك غيره بغير إذنه. فإن تخطى بغير إذنه واستقى من ذلك الماء، ملكه، وليس عليه رده كما إذا توغل في أرضه صيد فليس لغيره أن يأخذه، لأنه يحتاج أن يتخطى ملك غيره بغير إذنه، وذلك لا يجوز. فإن خالف وتخطى فأخذ ملكه.

وأمّا إذا أراد أن يبيع منه شيئاً، فإن خالف قلنا: إنه غير مملوك، لم يجز بيع شيء منه

حتى يستقيه ويحوزه، فيملكه بالحيازة. وإن قلنا: إنه مملوك، جاز أن يبيع منه وهو في البئر إذا شاهد المشتري كيلاً أو وزناً، ولا يجوز أن يبيع جميع ما في البئر، لأنه لا يمكن تسليمه إذا كان ببيع، ويريد كلما استقى منه شيئاً فلا يمكن تمييز المبيع من غيره.

أما الضرب الثالث من الآبار وهو: إذا نزل قومٌ موضعاً من الموات فحفروا فيه بئراً ليشربوا من مائها ويسقوا منه مواشيهم مده مقامهم، ولم يقصدوا التملك بالإحياء، فإنهم لا يملكونها، لأن المحيي إنما يملك بالإحياء مدة ما قصد به بملكه، فإنه يكون أحق به مدة مقامه. فإذا رحل، فكل من يسبق إليه كان أحق به. وكل موضع قلنا: إنه يملك البئر، فإنه أحق بمائها بقدر حاجته لشربه، وشرب ماشيته، وسقي زرعه. فإذا فضل بعد ذلك شيء، وجب عليه بذله بلا عوض لمن احتاج إليه لشربه وشرب ماشيته من السائلة وغيرهم.

وليس له منع الماء الفاضل عن حاجته حتى لا يتمكن غيره من رعي الكلأ، والذي يقرب ذلك الماء. وإنما يجب عليه ذلك لشرب المحتاج إليه، وشرب ماشيته.

فأما لسقي زرعه فلا يجب عليه ذلك، ولكن يستحب. وقال أبو عبيد بن حربويه: يستحب ذلك لشرب ماشيته وسقي زرعه، ولا يجب عليه.

ومن الناس من قال: يجب عليه بذل بعوض لشرب الماشية وسقي الزرع، فأما بلا عوض فلا.

واحتج أبو عبيد بقول النبي ﷺ: **«لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه»** وقال: ولأنه لو كان كلأ مملوكاً وبجنبه بئر ولا يمكن سقي المواشي من تلك البئر إلا بالرعي في ذلك الكلأ، لم يلزمه بذل الفاضل من كلئه، فإن كان منعه يؤدي إلى منع الماء المباح، فكذلك إذا كان الماء له، وكان الكلأ مباحاً لم يلزمه بذل الماء، وإن كان المنع يؤدي إلى منع الكلأ المباح، قال: ولأنه لما لم يجب ذلك لسقي زرعه، فكذلك لمواشيه.

ودليلنا: ما روي عن النبي ﷺ قال: **«من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ منعه الله فضل رحمته يوم القيامة»** وفيه أدلة.

أحدها: أنه توعد على المنع، فدل على أن البذل واجب.

والثاني: أنه دل على أن الفاضل هو الذي يجب بذله، فأما ما تحتاج إليه الماشية ونفسه وزرعه فلا يجب عليه بذله وهو أحق من غيره.

والثالث: أنه دل على أنه يجب عليه البذل بلا عوض.

والرابع: أنه دل على أنه إنما يجب عليه ذلك للماشية دون غيرها.

وروى ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «الناس شركاء في ثلاث: الماء، والنار، والكلأ» وروى جابر: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء»(٢).

فأما الجواب عن الخبر الذي احتج به، فهو أن يقول: هو عام، وخبرنا خاص، فقضى عليه.

وأما ما ذكره من الكلأ، فهو: أن الفرق بين الماء وبينه من وجهين:

أحدهما: أن الماء إذا أخذ استخلف في الحال ونبع مثله، وليس كذلك الحشيش فإنه إذا أخذ لا يستخلف بدله في الحال.

والثاني: أن الحشيش يتمول في العادة، والماء لا يتمول في العادة.

وأما الجواب عن دليله الآخر فهو: أن الزرع لا حرمة له، وليس كذلك الحيوان فإن له حرمة. ألا ترى أنه لو عطش زرعه فلم يسقه لم يجبر على ذلك، ولو عطش حيوان أجبر على سقيه؟، فبان الفرق بينهما إذا ثبت أنه يلزمه البدل لما ذكرنا، فإنه لا يلزمه أن يبذل آلته التي هي البكرة والدلو والحبل، لأنها تبلى بالإستعمال ولا تستخلف. ويفارق الماء، لأنه يستخلف في الحال بدله.

فصل: فأما الذي قد حازه وجمعه في جبة أو مركبه، أو مصنفة، فلا يجب عليه بذل شيء منه وإن كان فاضلاً عن حاجته، لأنه لا يستخلف، وحكمه كحكم البئر يجب على صاحب العين بذل الفاضل عن حاجته لماشية غيره، ولا يلزمه بذله لزرع غيره. والله أعلم.

فصل: في المياه. وجملته: أن الكلام فيها من فصلين:

أحدهما: في ملكها.

والآخر: في السقي منها.

فأما الكلام في ملكها، فهي على ثلاثة أضرب: مباح، ومملوك، ومختلف فيه.

فأما المباح كماء البحر والنهر الكبير كدجلة والفرات والنيل، ومثل العيون النابعة في موات السهل والجبل، فكل هذا مباح، ولكل أحد أن يستعمل منه ما أراد كيف شاء.

---

(١) حديث ابن عباس: سبق تخريجه.

(٢) حديث جابر: أخرجه مسلم في المساقاة (١٥٦٥) وابن ماجة (٢٤٧٧) والبيهقي ٦/ ١٥ وأحمد ٣/ ٣٥٦.

والأصل فيه: ما روى ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «الناس شركاء في ثلاث الماء والنار والكلأ» ولأنه حادث في أرض موات، فوجب أن يكون مباحاً كالحشيش. وإن زاد هذا الماء ودخل أملاك الناس واجتمع فيها، لم يملكوه. لأنه لو نزل مطر واجتمع في ملكه فمكث أو فرخ طائر في بستانه، أو توغلّ ظبي في أرضه، لم يملكه وكان بمن حازه، فكذلك الماء.

وأما المملوك: فكل ما حازه من الماء المباح من قربة، أو جرة، أو ساقه إلى بركة فجمعه فيها، فهذا مملوك له كسائر المائعات المملوكة. ومتى غصب غاصب شيئاً من ذلك، وجب رده على صاحبه.

وأما المختلف في كونه مملوكاً فهو: كل ما نبع في ملكه من بئر أو عين، وقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أنه مملوك، وقد نص عليه في القديم.

والثاني: أنه ليس بمملوك.

فإذا قلنا: إنه غير مملوك، فإنه لا يجوز أن يبيعه ولا شيئاً منه كيلاً ولا وزناً، ولا يجوز أن يبيع جميعه، لأنه لا يقدر على تسليمه، فإنه يختلط به غيره. وإذا باع داراً فيها بئر ما لم يدخل الماء في البيع، لأنه مودع فيها غير متصل بها، فهو بمنزلة الطعام في الماء في الدار، هكذا قال بعض أصحابنا.

ويحتمل أن يقال: يدخل في الدار تبعاً. ومن قال: لا يدخل في البيع تبعاً قال: إذا شرط صح البيع.

فإن قيل: قد قلتم لا يجوز بيع جميع ما في البئر من الماء، وأجزتم ها هنا، فما الفرق بينهما؟.

فالجواب: أنه إذا باع البئر مع مائها، فما يحدث من الماء يكون ملكاً للمشتري، ولا يتعذر تسليم المبيع إليه. وليس كذلك إذا باع الماء وحده، لأنه لا يمكن تسليم المبيع، لأنه إلى أن يسلم قد بيع فيه ماء آخر فاختلط به.

فصل: وأما السقي منه، فإن الماء المباح على ثلاثة أضرب:

الضرب الأول: هو ماء نهر عظيم مثل دجلة والفرات وغيرهما، والناس في السقي منه شرع سواء، ولا يحتاج فيه إلى ترتيب وتقديم وتأخير لكثرته واتساعه.

والثاني: ماء مباح في نهر صغير يأخذ من النهر الكبير ولا يسع جميع الأراضي إذا سقيت في وقت واحد، ويقع في التقديم والتأخير نزاع، فهذا يقدم فيه الأقرب فالأقرب إلى أول النهر الصغير.

والأصل فيه: ما روي أن رجلاً خاصم الزبير في سراح الحرة التي يسقون بها، فقال الأنصاري: سرح الماء يمر عليه، فأبى عليه الزبير فقال رسول الله ﷺ «اسْقِ يَا زُبَيْرُ ثُمَّ ارْسِلِ المَاءَ إلى جَارِكَ» فغضب الأنصاري، وقال: يا رسول الله، إن كان ابنُ عمَّتك، فتلوَّنَ وجهُ رسول الله ﷺ وقال: «اسقِ يَا زُبَيْرُ ثُمَّ احْبِس الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ إلى الْجِدْرِ» قال الزبير: فوالله إني لأحسَبُ هذه الآية نزلت في ذلك ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُم﴾[1] الآية فدل هذا على أن الأقرب أولى، فإذا استكفى أرسله إلى جاره إلى من يليه.

وروي أيضاً أن رجلاً من قريش كان له سهم في بني قريظة، فخاصم إلى رسول الله ﷺ في مرور السيل الذي يقتسمون ماءه، فقضى بينهم رسول الله ﷺ أن الماء إلى الكعبين، ثم يحبسه الأعلى عن الأسفل لكي يرسله إليه، وأيضاً فإن الأقرب إلى فرهة النهر بمنزلة السَّابق إلى المشرعة، فوجب أن يكون أولى من الذي هو أبعد منه.

وأما تأويل قصة البئر، فهو أن النبي ﷺ أمره أولاً بأن لا يستوفي جميع حقه، ويرسل الماء إلى جاره، فلما أساء جاره الأدب أمره النبي ﷺ أن يستوفي في حقه فقال: «إحْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ الْجِدْرَ» وهو الحائط.

فإن قيل: ففي الحديث الآخر: أنه علق الحق بأن يبلغ الماء إلى الكعبين، وهذا مخالف لذلك.

قلنا: ليس فيهما خلاف، لأن الماء إذا بلغ الكعبين وكانت الأرض مستوية، رجع الماء إلى الجدار.

إذا تقرر هذا، فإن الأقرب إلى الفرهة يسقي ويحبس الماء عمن دونه، فإذا بلغ الماء الكعبين أرسله إلى جاره، وهكذا الأقرب فالأقرب يفعل كلما حبس الماء وبلغ في أرضه إلى الكعبين، أرسله إلى من يليه حتى يشرب الأراضي كلها. فإن كان زرع الأسفل يهلك إلى أن ينتهي الماء إليه، لم يجب على من فوقه إرساله إليه.

فإذا أحيا على هذا النهر الصغير رجل أرضاً مواتاً هي أقرب إلى فرهة النهر من

---

(١) سورة النساء، الآية: ٦٥ والحديث سبق تخريجه.

أراضيهم، فإنهم أحق بمائه، فإذا فضل عنهم شيء سقى المحيي منه، ولا يقول إن هذا الماء ملك لهم، كما إذا جاوزه ملكوه؛ وإنما هو من مرافق ملكهم فكانوا أحق به مع حاجتهم إليه، فما فضل منهم كان لمن أحيا على ذلك الماء مواتاً.

وأما الذي في نهر مملوك فهو: أن يحفروا في الموات نهراً صغيراً ليحيوا على مائه أرضاً، فإذا بدأوا بالحفر فقد تحجروا إلى أن يصل الحفر بالنهر الكبير الذي يأخذون الماء منه، فإذا وصلوا إليه ملكوه كما إذا حفروا بئراً فوصلوا إلى الماء ملكوه.

وإذا حفروا معدناً من المعادن الباطنة، وقلنا: يملك في أحد القولين، فإذا وصلوا إلى النيل ملكوه.

وإذا ثبت هذا، فإنهم يملكونه على قدر نفقاتهم عليه. فإن أنفقوا على السواء، كان النهر بينهم بالتسوية. وإن تفاضلوا، كان ملكهم على قدر ما أنفقوا.

فإذا تقرر هذا، فإن الماء إذا جرى فيه لم يملكوه، كما إذا جرى الفيض إلى ملك رجل واجتمع لم يملكه، ولكن يكون أهل النهر أولى به، لأن يدهم عليه، وليس لأحد أن يزاحمهم فيه، لأن النهر ملك لهم، ولكل واحدٍ منهم أن ينتفع به على قدر الملك، لأن الانتفاع به لأجل الملك..

فإن كان الماء كبيراً يسعهم أن يسقوا من غير قسمة، سقوا منه وإن لم يسعهم، فإن تهايئوا وتراضوا على ذلك، جاز لهم ما تراضوا به. فإن لم يفعلوا ذلك واختلفوا، نصبَ الحاكم في موضع القسمة خشبة مستوية الظهر محفرة بقدر حقوقهم، فإن كان لقوم مائة جريب ولآخر عشرة أجربة، كانت الحفر إحدى عشر حفرة متساوية، فيكون حفرة منها لساقية من له عشرة أجربة، والبواقي لأصحاب المائة جريب، وذلك قسمة الماء العادلة. والله الموفق للصواب.

كِتَابُ العَطَايَا وَالصَّدَقَاتِ وَالحَبْسِ(١)

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (يَجْمَعُ مَا يُعْطِي النَّاسُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ثَلَاثَةُ وُجُوهٍ، ثُمَّ يَتَشَعَّبُ كُلُّ وَجْهٍ مِنْهَا. فَفِي الحَيَاةِ مِنْهَا وَجْهَانِ، وَبَعْدَ المَمَاتِ مِنْهَا وَجْه. فَمِمَّا فِي الحَيَاةِ الصَّدَقَاتُ، وَاحْتَجَّ فِيهَا بِأَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَلَكَ مَائَةَ سَهْمٍ مِنْ خَيْبَرَ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ لَمْ أُصِبْ مَالاً مِثْلَهُ قَطُّ، وَقَدْ أَرَدْتُ أَنْ أَتَقَرَّبَ بِهِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ «حَبْس الأَصْلِ، وَسبْل الثَّمْرَةِ» الفصل)(٢).

---

(١) وفي المختصر وما دخل في ذلك من كتاب السائبة.

(٢) مختصر المزني: ١٣٣. وتتمة الفصل: قال الشافعي رحمه الله تعالى: فلما أجاز ﷺ أن يحبس أصل المال وتسبل الثمرة دل ذلك على إخراجه الأصل من ملكه إلى أن يكون محبوساً لا يملك من سبل عليه ثمره بيع أصله فصار هذا المال مبايناً لما سواه ومجامعاً، لأن يخرج العبد من ملكه بالعتق لله عز وجل إلى غير مالك، فملكه بذلك منفعة نفسه لا رقبته، كما يملك المحبس عليه منفعة المال لا رقبته ومحرم على المحبس أن يملك المال كما محرم على المعتق أن يملك العبد ويتم الحبس، وإن لم يقبض، لأن عمر رضي الله عنه هو المصدق بأمر النبي ﷺ ولم يزل يلي صدقته فيما بلغنا حتى قبضه الله ولم يزل علي رضي الله عنه يلي صدقته حتى لقي الله تعالى، ولم تزل فاطمة رضي الله عنها تلي صدقتها حتى لقيت الله، وروى الشافعي رحمه الله حديثاً ذكر فيه أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ تصدقت بمالها على بني هاشم وبني المطلب، وإنّ علياً كرّم الله وجهه تصدق عليهم وأدخل معهم غيرهم». وحديث ابن عمر سبق تخريجه وهو في البخاري (٢٧٣٧) (٢٧٧٢) و (٢٧٧٣) (٢٨٧٨) ومسلم (١٦٣٢) والترمذي (١٣٧٥) وأبو داود (٢٨٧٨) والنسائي ٦/ ٢٣٠ والبيهقي ٦/١٥٨ ـ ١٥٩ وأحمد ٢/ ١٢ ـ ١٣. وراجع الأم: ٤/ ٥٢ ـ ٥٣ وقال: إنّ عمر لمّا سأل رسول الله ﷺ عن ماله فأمره أن يحبس أصل ماله ويسبّل ثمرة، دلّ على إجازة الحبس، وعلى أن عمر كان يلي حبس صدقته ويسبّل ثمرها بأمر النبي ﷺ. . .».
وأخرج الشافعي في الأم ٤/ ٥٦ من طريق محمد بن علي بن شافع قال: أخبرني عبد الله بن حسن بن حسين، عن غير واحد من أهل بيته وأحسبه قال: زيد بن علي: أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ تصدّقت بمالها على بني هاشم وبني المطلب، وأن علياً رضي الله عنه تصدق عليهم وأدخل معهم غيرهم، قال الشافعي: وأخرج إلى والي المدينة صدقة علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وأخبرني أنه أخذها من آل =

قال الماوردي: فأما الذي يكون بعد الوفاة فهو الوصية ولها كتاب مفرد نذكرها فيه إن شاء الله.

وأما اللذان في حال الحياة فهما: الهبة، والوقف.

فأما الهبة فلها باب يجيء فيما بعد. وأما الوقف فهذا موضعه. فالوقف: يحبس الأصل ويسبل المنفعة، وجمعه: وقوف، وأوقاف. فإذا وقف شيئاً زال ملكه عنه بنفس الوقف ولزم الوقف، فلا يجوز له الرجوع فيه بعد ذلك، ولا التصرف فيه ببيع ولا هبة، ولا يجوز لأحد من ورثته التصرف فيه. وليس من شرطه لزوم القبض ولا حكم الحاكم، وهو قول الفقهاء أجمع، وهو قول أبي سفيان ومحمد، غير أن محمداً يقول: من شرط لزومه: القبض.

وروى عيسى بن إبان أَنَّ أَبَا يُوسُفَ لَمَّا قَدِمَ بَغْدَادَ كَانَ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي بَيْعِ الأَوْقَافِ حَتَّى حَدَّثَهُ إِسْمَاعِيلُ بْنُ عَلِيَّةَ بِحَدِيثِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ: هَذَا لاَيَسَعُ أَحَدٌ خِلاَفَهُ.

وقال أبو حنيفة: إن حكم الحاكم بالوقف لزم، وإن لم يحكم به لم يلزم، وكان الواقف بالخيار: إن شاء باعه، أو وهبه، وإن مات ورثه ورثته، وإن أوصى بالوقف يلزم في الثلث قال القاضي: قد ناقض أبو حنيفة في هذا، لأنه جعل الوقف لازماً في ثلثه في حال مرضه المخوف إذا أنجزه ولم يؤخره، ولا لازماً في جميع ماله في حال صحته، لأن كل ما لزم في الثلث بوصية لزم فيه في مرضه إذا أنجزه، وفي جميع ماله في حال صحته. مثل العتق، فإنه إذا أوصى به لزم في ثلثه، وإذا أنجزه في مرضه لزم في ثلثه، وإذا أنجزه في حال صحته لزم في جميع ماله، واحتج بأشياء:

أحدها: ما روي عن ابن عباس قال: لما نزلت سورة النساء وفرض فيها الفرائض، قال رسول الله ﷺ: «لاَ حَبْسَ بَعْدَ سُورَةِ النِّسَاءِ»[1].

وروي: أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ زَيْدٍ صَاحِبَ الأَذَانِ، جَعَلَ حَائِطاً لَهُ صَدَقَةً، وَجَعَلَهُ إِلَى رَسُولِ

= أبي رافع، وأنها كانت عندهم، فأمر بها فقرئت، فإذا فيها: تصدق بها علي على بني عاشم وبني المطلب، وسمّى معهم غيرهم...

(١) الأثر عن ابن عباس: أخرجه البيهقي ٦/ ١٦٢ وقال: ولم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه وهما ضعيفان وقال: وهذا اللفظ إنما يعرف من قول شريح القاضي.

اللَّهِ ﷺ «فَأَتَى أَبَوَاهُ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالاَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ لَمْ يَكُنْ لَنَا عَيْشٌ إِلاَّ هَذَا الْحَائِطَ، فَرَدَّهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ مَاتَا فَوَرِثْهُمَا»[1] فدل هذا على أن وقفه إياه لم يخرجه من ملكه، ولو كان قد أخرجه عن ملكه لم يصح الرد على أبويه. وروي عن شريح قال: «جَاءَ مُحَمَّدٌ ﷺ بِإِطْلاَقِ الْحَبْسِ»[2].

وروي عن سلمان بن زيد عن أبيه، أَنَّ رَجُلاً وَقَفَ وَقْفاً فَأَبْطَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فلو كان قد لزم لم يصح إبطاله. ومن القياس: أنه قصد إخراج ماله عن ملكه على وجه الصدقة؛ فوجب أن لا يلزم لمجدد القول.

أصله: صدقة التمليك. ولأنه عقد على منفعة، فوجب أن لا يزول به الملك عن الرقبة، قياساً على الإجارة. ولأنه لو قال هذه الأرض محرمة لا تورث ولا تباع ولا توهب، لم يصر وقفاً ولم يزل ملكه عنها، وقد أتى بصريح معنى الوقف. فإذا قال: وقفتها، أو حبستها، أولى أن لا يزول ملكه عنها.

ودليلنا: ما روى ابن عمر، أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَلَكَ مَائَةَ سَهْمٍ مِنْ خَيْبَرَ اشْتَرَاهَ فَلَمَّا اسْتَجْمَعَهَا قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَصَبْتُ مَالاً لَمْ أُصِبْ مَالاً قَطُّ مِثْلَهُ وَقَدْ أَرَدْتُ أَنْ أَتَقَرَّبَ بِهِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ «حَبِّسِ الأَصْلَ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ». وفي حديث آخر: أن النبي ﷺ قال له: «إِنْ شِئْتَ تَصَدَّقْتَ بِهَا وَحَبَسْتَ أَصْلَهَا» فجعلها عمر على الفقراء، والمساكين، والغزاة في سبيل الله، وفي الرقاب، وابن السبيل، ولا جناح على من ولاها إن أكل منها بالمعروف، ويطعم صديقه غير متمول، وأوصى بها إلى حفصة، ثم إلى الأكابر من أولاد عمر. والتعلق بهذا الحديث من وجهين:

أحدهما: أن النبي ﷺ أمره بأن يحبس الأصول، وعند المخالف لا يقع تحبيس الأصل بحال.

فإن قيل: بل يصح منه، لأنه يقف ويرفع ذلك إلى النبي ﷺ حتى يحكم به، فإذا حكم به لزم.

---

(١) أخرجه الشافعي في الأم ٤/ ٥٦ من طريق سفيان بن عيينة، عن عمرو بن دينار، عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم. والبيهقي ٦/ ١٦٣ وقال: هذا مرسل وأبو بكر بن حزم لم يدرك عبد الله بن زيد. وروي من وجه آخر عن عبد الله بن زيد وكلها مراسيل.

(٢) الأم: ٤/ ٥٢ والبيهقي ٦/ ١٦٣.

قيل: فلا يكون ذلك اللزوم من جهته، إنما يكون من جهة الحاكم بالحكم، كما يكون ذلك في جميع مسائل الخلاف. وعلى أنه لم ينقل أن عمر رفع ذلك إلى النبي ﷺ وحكم به، ولو كان فعل ذلك لنقل، لأنه أولى بالنقل من غيره.

والتعلق الثاني بالخبر: أن عمر جعلها صدقة ثم ذكر أحكامها فقال: «لا تباعُ، ولا توهبُ، ولا تورثُ» فدل ذلك على أن هذه الأحكام تتعلق بها إذا صارت صدقة، وإن لم يحكم بها الحاكم. ويدل على ذلك إجماع الصحابة، لأن أبا بكر، وعمر، وعثمان، وعلياً، وطلحة، والزبير، وأنساً، وأبا الدرداء، وعبد الرحمن بن عوف، وفاطمة وغيرهم وقفوا دوراً وبساتين، ولم ينقل عن أحد منهم أنه رجع في وقفه فباع منه شيئاً، ولا عن أحد من ورثتهم مع اختلاف هممهم، فلو كان ذلك جائزاً لنقل عن أحد منهم الرجوع.

ومن القياس: أنه تصرف يلزم بالوصية، فجاز أن يلزم في حال الحياة من غير الحاكم.

أصله: إذا بنى مسجداً، فإنه يلزم من غير حكم الحاكم. وقد قال أبو حنيفة: إذا أذن لقوم فصلوا فيه، صار محبساً وثبت وقفه، وكذلك إذا عمل مقبرة وأراد أن يقفها، فأذن لقوم فدفنوا فيها، ثبت الوقف. ولأنه إزالة ملك يلزم بحكم الحاكم، فجاز أن يلزم بغير حكمه.

أصله: سائر أنواع التصرف التي تزيل الملك.

فأما الجواب عن حديث ابن عباس فمن وجهين:

أحدهما: أنه أراد حبس الزانية، وذلك قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلاً﴾(١) وقد بين النبي ﷺ السبيل فقال: «الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ، وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَالرجم»(٢).

والثاني: أنه أراد به ما ينبه في آخر، وهو قوله: «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»(٣) فكأنه قال: لا يحبس عن وارث شيء جعله الله له.

---

(١) سورة النساء، الآية: ١٥.

(٢) حديث عبادة بن الصامت أخرجه مسلم في الحدود (١٦٩٠) (١٢) (١٤) والترمذي (١٤٣٤) وأبو داود (٤٤١٦) والدارمي ٢/ ١٨١. والبيهقي ٨/ ٢٢٢ وأحمد ٥/ ٣١٣.

(٣) حديث أبي أمامة: أخرجه البيهقي ٦/ ٢٦٤ ومن حديث عمرو بن خارجة، وأنس.

وأما الجواب عن حديث عبد الله بن زيد: فهو أن ذلك الحائط ما كان له إنما كان لأبويه، بدليل أنه روي عن الخبر «مَاتَا فَوَرَثْهُمَا».

وأما الجواب عن حديث شريح فهو أن نقول: هذا مرسل، لأن شريحاً تابعي، ولا نقول بالمراسيل أو نقول: أراد بذلك الأحباس التي كانت تفعلها الجاهلية، وقد ذكرها الله تعالى في كتابه العزيز فقال: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ﴾[1].

وأما الجواب عن الخبر فهو: أنه لا حجة فيه، لأنه يجوز أن يكون ذلك الوقف ما صح لمعنى عرض فيه، فرده لذلك المعنى. وذلك الرد لا يدل على بطلان الحبس، كما لو روي: أَنَّ رَجُلاً بَاعَ بَيْعاً فَرَدَّهُ رَسُولُ ﷺ، لم يدل ذلك على أن حبس البيع باطل.

وأما قياسهم على صدقة التمليك فإنا نقلبه، فنقول: فوجب أن يكون وجود حكم الحاكم وعدمه سواء.

أصله: ما ذكروه. ثم لا يمتنع أن لا يلزم بمجرد القول إذا أخرجه بلفظ الصدقة، وإذا أخرجه بلفظ الوقف لزم. ألا ترى أن هبة العبد لا تلزم بمجرد القول، وعتقه يلزم بمجرد القول؟

وأما قياسهم على عقد الإجارة، فهو: إنا لا نسلم أنه عقد على منفعة، وإنما هو عقد على الرقبة. لأن الوقف مزيل الملك عن الرقبة، فهو كالعتق.

وأما استدلالهم الأخير فهو: أنه لا يمتنع أن لا يلزم إذا أتى بصريح المعنى، ويلزم إذا أتى بلفظه، كما إذا قال عن عقد النكاح: أحللْتُ لك هذه المرأة وأبحتُها لك، لم يصح النكاح وقد صرح بمعناه. ولو قال: زوَّجْتُكَ أو أنكحتكُ جاز ذلك، والله أعلم.

فصل: ذكر أصحابنا تفسير السائبة، والبحيرة، والوصيلة، والحام.

فأما السائبة: فهي الناقة تلد عشرة بطون كلها إناث، فتسيب تلك الناقة فلا تحلب إلا للضيف ولا تركب.

والبحيرة: ولدها الذي يجيء به في البطن الحادي عشر، فإذا كان أنثى فهي البحيرة. وإنما سموها بذلك، لأنهم كانوا ينحرون أذنها أي يشقونها، والنحر: الشق، ولهذا سموا البحر بحراً لأنه شق في الأرض.

---

(١) سورة المائدة، الآية: ١٣.

وأما الوصيلة: فهي الشاة تلد خمسة أبطن في كل بطن عناقان، فإذا ولدت بطناً سادساً ذكراً أو أنثى قالوا: وصلت أخاها، فما ولدت بعد ذلك يكون حلالاً للذكور وحراماً للإناث.

وأما الحام: فهو الفحل ينتج من ظهره عشرة بطون فيسيب، ويقال: حمي ظهره، فكان لا يركب.

فصل: ليس من شرط لزوم الوقف عندنا القبض. وقال محمد بن الحسن: من شرط لزومه القبض، كالهبة.

ودليلنا: قول النبي ﷺ لعمر: «حَبِّس الأَصْل وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ» ولم يأمره بالإقباض، ولأنه جعل إليه التحبيس، وعند المخالف لا يملك الواقف التحبيس، لأنه لا تصير بوقفه لازماً حتى يقبضه من غيره، وذلك سبب من جهة غيره، ولأن عمر وقف تلك السهام التي ملكها من أرض خيبر، فكان يلي صدقته حتى قبضه الله، وكذلك وقف علي كرم الله وجهه ولم يزل يلي صدقته حتى قبضه الله عز وجل. ولم تزل فاطمة عليها السلام تلي صدقتها حتى لقيت الله، فدل ذلك على أن الوقف يلزم قبل القبض.

فأما ما ذكره المخالف، فهو أنا لا نسلم أنه عطية، لأن الوقف بمنزلة العتق، والعتق والعقد لا يسمى عطية، فكذلك الوقف. ثم المعنى في الأصل: إن ذلك تمليك، بدليل أن الموهوب له يملك التصرف في الموهوب بالبيع وغيره، وليس كذلك الوقف، لأنه ليس بتمليك بدليل أن الموقوف عليه لا يملك التصرف فيه ببيع ولا غيره.

فصل: إذا وقف أرضاً أو داراً فالمذهب الصحيح: أن ملك الواقف يزول عن الموقوف بالوقف، كما يزول بالبيع وغيره. واحتج من نصره بقول النبي ﷺ «حَبِّس الأَصْل وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ» وتحبيس الأصل يدل على بقاء الملك.

وهذا غلط، لأن الوقف سبب يقطع تصرف الواقف في الرقبة والمنفعة، فوجب أن يزيل الملك، والدليل عليه البيع والعتق وغيرهما.

وأمّا الجواب عما ذكروه، فهو: أن المراد به التحبيس، ذكره أبو العباس.

فإذا ثبت أن ملك الواقف يزول عن الموقوف، فهل يزول إلى الموقوف عليه فيملكه،

أو ينتقل ملكه إلى الله تعالى؟ اختلف أصحابنا في ذلك على ثلاثة طرق منهم من قال: المسألة على قولين:

أحدهما: أن الملك ينتقل إلى الله تعالى ولا ينتقل إلى الموقوف عليه، والذي يدل عليه من كلام الشافعي في هذا الباب أنه قال: «كما يملك المحبس عليه منفعة المال لا رقبته».

والقول الآخر: إنه ينتقل إلى الموقوف عليه، والذي يدل عليه من كلام الشافعي إنه ذكر من كتاب الشهادات: أن الرجل إذا ادَّعى وقفاً عليه فأقام شاهداً، أو أحداً حلف معه، وهذا يدل على أن الملك قد انتقل إليه. وخالف ذلك العتق، لأنه لا يقبل فيه اليمين والشاهد.

فلو ادعى العبد أن سيده أعتقه وأقام على ذلك شاهداً واحداً، لم يحلف معه.

فإذا تقرر القولان، فإن قال: إنه ينتقل الملك إلى الموقوف عليه، فوجهه: أن الوقف لا يخرج الموقوف عن المالية. ألا ترى أنه يطعن بالغصب ويثبت عليه اليد، وليس فيه أكثر من أنه لا يملك بيعه؟، وذلك لا يدل على أنه ما ملكه، لأن السيد لا يبيع أم الولد وهي ملك له.

وإذا قلنا: إن الملك ينتقل إلى الله تعالى، فوجهه: أنه إزالة ملك عن الرقبة والمنفعة على وجه التقرب إلى الله تعالى، فوجب أن ينتقل الملك إليه كالعتق.

والجواب عن دليل القول الأول هو: أنه ينتقض بحصير المسجد، فإنها تضمن باليد وليست ملكاً لأحد من الوجهين.

وأما الطريقة الثانية: من أصحابنا من قال: إن الملك ينتقل إلى الله تعالى قولاً واحداً كما ذكر الشافعي ها هنا، وما ذكروه في الشهادات من قبول الشاهد واليمين على الوقف فإن ذلك لا يدل على أن الملك قد انتقل إلى الموقوف عليه، لأن الوقف وإن كان ينتقل ملكه إلى الله تعالى، فإن المقصود به انتفاع الموقوف عليه. فإن كان داراً، فالمقصود به: أن يأخذ غلته، وإن كان بستاناً فالمقصود به أن يأخذ ثمرته، وذلك المقصود مال. وكلما كان المقصود به مالاً، قبل فيه الشاهد واليمين.

وأما الطريقة الثالثة: فإن من أصحابنا من قال: إن الملك ينتقل إلى الموقوف عليه

قولاً واحداً، والذي ذكره الشافعي ها هنا: فإنما أراد به لا يملك بيع الموقوف، كما لا يملك العتق بيع رقبته.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَبَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ مُحَرَّمٌ عَلَيْهِمُ الصَّدَقَاتُ الْمَفْرُوضَاتُ، وَلَقَدْ حَفِظْنَا الصَّدَقَاتِ عَنْ عَدَدٍ كَثِيرٍ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالأَنْصَارِ وَلَقَدْ حَكَى لِي عَدَدٌ مِنْ أَوْلَادِهِمْ وَأَهْلِيهِمْ أَنَّهُمْ كَانُوا يَتَوَلَّوْنَهَا حَتَّى مَاتُوا يَنْقُلُ ذَلِكَ الْعَامَّةُ مِنْهُمْ عَنِ الْعَامَّةِ لَا يَخْتَلِفُونَ فِيهِ. الفصل)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. جملة ذلك أن الناس على ثلاثة أضرب: النبي ﷺ، وأهل بيته، وسائر الناس.

فأما النبي ﷺ: فكانت الصدقة المفروضة محرمة عليه بدليل قوله عليه السلام: «إِنَّا أَهْلُ بَيْتٍ لَا يَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ»[٢]، وروي أنه عليه السلام رأى ثمرة ملقاة فقال: «لَوْلَا أَنِّي أَخْشَى أَنْ تَكُونَ مِنْ تَمْرِ الصَّدَقَةِ لَأَكَلْتُهَا»[٣] ولأن الصدقات أوساخ الناس، وما كان من أوساخ الناس فإن النبي ﷺ منزه عنه.

وأما صدقة التطوع، فكان النبي ﷺ لا يقبلها. وروي أن سلمان الفارسي حمل إليه

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٣ وتتمة الفصل: «لا يختلفون فيه (قال الشافعي) رحمه الله: وإن أكثر ما عندنا بالمدينة ومكة من الصدقات لعلى ما وصفت، لم يزل من تصدق بها من المسلمين من السلف يلونها حتى ماتوا، وإن نقل الحديث فيها كالتكلف (قال): واحتج محتج بحديث شريح أن محمداً ﷺ جاء بإطلاق الحبس فقال الشافعي: الحبس الذي جاء بإطلاقه ﷺ لو كان حديثاً ثابتاً كان على ما كانت العرب تحبس من البحيرة والوصيلة والحام لأنها كانت أحباسهم، ولا نعلم جاهلياً حبس داراً على ولد، ولا في سبيل الله، ولا على مساكين، وأجاز النبي ﷺ لعمر الحبس على ما روينا، والذي جاء بإطلاقه غير الحبس الذي أجازه ﷺ (قال): واحتج محتج بقول شريح: لا حبس عن فرائض الله (قال الشافعي) رحمه الله: لو جعل عرصة له مسجداً لا تكون حبساً عن فرائض الله تعالى، فكذلك ما أخرج من مالك فليس بحبس عن فرائض الله».

(٢) حديث أبي رافع: أخرجه الترمذي في الزكاة (٦٥٧) والنسائي ٥/١٠٧ والبيهقي ٧/ ٣٢ وأحمد ٦/١٠ وصححه الحاكم ١/ ٤٠٤ وابن خزيمة (٢٣٤٤).

(٣) حديث أبي هريرة أخرجه البخاري في اللقطة (٢٤٣١) ومسلم في الزكاة (١٠٧٠) (١٦٢) (١٦٣) والبيهقي (٧/ ٢٩) وأحمد ٢/ ٣١٧) والبغوي (١٦٠٦) وهو من حديث أنس عند البخاري في اللقطة (٢٠٥٥) عند مسلم (١٠٧١) (١٦٦) وأبي داود (١٦٥١) (١٦٥٢) والبيهقي ٧/ ٣٠ وأحمد ٣/ ١٨٤ و ١٩٣.

تمراً في الطبق فقال: ما هذا؟ قال: صدقة، فردّه. ثم حمل إليه يوماً آخر مثل ذلك فقال: مَا هَـذَا؟ قال: هَدِيَّةٌ فقبله(١).

وروي أنه ﷺ أَكَلَ مِنْ لَحْمٍ تَصَدَّقَ بِهِ عَلَى بَرِيرة وَقَالَ: «هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ»(٢) وهل كان ذلك الامتناع لأجل التحريم أو لأجل الإستحباب؟ فيه قولان:

أحدهما: لأجل التحريم، لأنه رد الصدقة على سلمان، ولو لم تكن محرمة عليه لما ردها ولكان يطيب قلبه بقبولها. والذي يدل على ذلك أنه قال للصعب بن جثامة لما رد حماره الذي أهداه إليه ورأى الكراهة في وجهه: «ليس بنا رد عليك ولكنا حرم».

ويدل عليه قوله ﷺ في اللحم الذي تصدق به على بريرة «هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ».

وروي عنه عليه السلام أنه قال «إِنَّا أَهْلُ بَيْتٍ لَا تَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَة» وهذا عام.

وإذا قلنا: إن ذلك الامتناع كان على وجه التنزه، لا التحريم فوجهه: أن كل من حلت له الهدية حلت له الصدقة المتطوع بها لغيره ﷺ، ولأن أهل بيته يحرم عليهم الصدقة المفروضة وتحل لهم الصدقة المتطوع بها، وكذلك النبي ﷺ.

فأما أهل بيته: فالصدقة المفروضة محرمة عليهم بدليل قوله ﷺ: «إِنَّا أَهْلُ بَيْتٍ لَا تَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ» وقوله للفضل فِي خُمْسِ الْخُمْسِ: «مَا يُغْنِيكُمْ عَنْ أَوْسَاخِ النَّاسِ».

وروي: أن الحسن أخذ تمرة من الصدقة فأكلها فقال النبي ﷺ: «كَخٍ كَخٍ يعني إرم بها»(٣). وأما صدقة التطوع فكانت حلالاً لهم.

والدليل عليه: ما روى الشافعي عن جعفر بن محمد: أنه كان يشرب من ماء السقايات التي بين مكة والمدينة. فقيل له في ذلك، فقال: «إِنَّمَا حُرِّمَتْ عَلَيْنَا الصَّدَقَةُ المَفْرُوضَةُ»(٤).

---

(١) حديث سلمان أخرجه البيهقي: ٦/ ١٨٥.

(٢) حديث عائشة: أخرجه البخاري في الهبة (٢٥٧٨) ومسلم في الزكاة (١٠٧٥) (١٧٣) والنسائي ٦/ ١٦٥ والبيهقي ٦/ ١٨٥.

(٣) حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري في الزكاة (١٤٨٥) و (١٤٩١) و (٣٠٧٢) ومسلم (١٠٦٩) والبغوي (١٦٠٥) وأحمد ٢/ ٤٤٤ والبيهقي ٧/ ٢٩.

(٤) أخرجه الشافعي في الأم: ٤/ ٥٦.

فإذا ثبت هذا، فنعني بأهل البيت رسول الله ﷺ، وبذوي القربى: بني هاشم وبني المطلب فهم الذين يحرم عليهم الصدقة المفروضة وهم ذوي القربى.

فأما آل رسول الله ﷺ الذين يذكرون في التشهد فقد قيل: هم بنو هاشم، وبنو المطلب. وقيل: هم المؤمنون كلهم، فآل الرجل: أتباعه وأشياعه كما قال الله تعالى: ﴿أَدخِلُوا آلَ فِرْعَوْنَ أَشَدَّ الْعَذَابِ﴾[1] وأراد به: أشياع فرعون. وأما سائر الناس، فتحل الصدقات كلها عليهم المفروضة. وغير المفروضة. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَيَجُوزُ الحَبْسُ فِي الرَّقِيقِ وَالمَاشِيَةِ إِذَا عُرِفَتْ بِعَيْنِهَا، قِيَاساً عَلَى النَّخْلِ وَالدُّورِ وَالأَرْضِينَ)[2].

قال الماوردي: وهذا كما قال. يجوز وقف العقار، والدور، والأرض، والرقيق، والماشية، والسلاح، وكل عين تبقى بقاء متصلاً ويمكن الإنتفاع بها.

وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا في الأراضي والدور والكراع والسلاح والغلمان. فأما وقف الغلمان وغيرهم من الحيوان على الانفراد، فلا تصح. واحتج من نصره ما عدا الأرض والدور لا يثبت فيه الشفعة، ولا يستحق بالشفعة، فلم يصح وقفه كالأطعمة والسمومات.

ودليلنا: ما روي أَنَّ أُمَّ معْقَل جَاءَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ يَارَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا معْقَلَ جَعَلَ نَاضِحَهُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَإِنِّي أُرِيدُ الْحَجَّ أَفَأَرْكَبُهُ؟ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ «أركبيه فَإِنَّ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ مِنْ سَبِيلِ اللَّهِ»[3].

وَرُوِي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ عُمَرَ سَاعِياً فَلَمَّا رَجَعَ ثَلَاثَةً أَحَدَهُمْ خَالِدُ بْنَ الْوَلِيدِ، أَمَّا خَالِدَ فَإِنَّكُمْ تَظْلِمُونَ خَالِداً إِنَّهُ قَدْ حَبَسَ أَدْرُعَهُ وَأَعْبُدَهُ»[4].

---

(١) سورة غافر، الآية: ٤٦.

(٢) مختصر المزني: ص ١٣٣.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) حديث أبي هريرة: وفيه: فمنع ابن جميل، وخالد بن الوليد والعباس فقال النبي ﷺ: «ما ينقم ابن جميل إلا أن كان فقيراً فأغناه الله، وأما خالد، فإنكم تظلمون خالداً، لقد احتبس أدراعه واعتاده في سبيل الله...».

أخرجه البخاري في الزكاة (١٤٦٨) ومسلم في الزكاة (٩٨٣) وأبو داود (١٦٢٣) والنسائي ٥/ ٣٣ والبيهقي ٦/ ١٦٤ ـ ١٦٥ والدارقطني ٢/ ١٢٣ والبغوي (١٥٧٨).

وَمَن جهـة المعنى: أنها عين تجوز بيعها ويمكن الانتفاع بها مع بقائها المتصل، فجاز وقفها كالدور.

وقولنا: «عين» احتراز أن يكون في الذمة، لأنه لو كان له في ذمة رجل حيوان من مسلم أو غيره فوقفه لم يصح.

وقولنا: «يجوز بيعه» احتراز من أم الولد والحر. وقولنا: «يمكن الانتفاع بها» احتراز من الحشرات التي لا ينتفع بها. وقولنا: «مع بقائها المتصل» احتراز من الطعام فإنه ينتفع به، ولكنه سلف بالإنتفاع. وقولنا: «المتصل» احتراز من السمومات، فإنه لا يتصل بقاؤها وإنما تبقى يوماً ويومين وثلاثة فقط. ولأن كل ما جاز وقفه تبعاً لغيره، جاز وقفه منفرداً كالشجرة لأنها وقف تبعاً للأرض، وتوقف منفردة عنها. ولأن المقصود من الوقف انتفاع الموقوف عليه، وهذا المعنى موجود فيما عدا الأرض والعقار. فجاز وقفه.

فأما الجواب عما ذكروه فهو: أنه منتقض بالكراع والسلاح، فإنه لا يثبت فيه الشفعة ويصح وقفه. ثم إن الشفعة إنما اختصت بالأرض والعقار، لأنه إنما تثبت لإزالة الضرر الذي يلحق الشريك على الدوام، وإنما يدوم الضرر فيما لا ينفك، وما ينفك فلا يدوم الضرر فيه، فلهذا لم يثبت فيه الشفعة. وليس كذلك الوقف، لأنه إنما جاز الانتفاع الموقوف عليه، وهذا المعنى موجود فيما ينفك ويحول إذا كان على الأوصاف التي ذكرناها فجاز وقفه.

فإذا ثبت هذا فكل عين جاز بيعها وأمكن الانتفاع بها مع بقائها المتصل، فإنه يجوز وقفها إذا كانت معينة، فأما إذا كانت في الذمة أو مطلقة، وهو أن يقول: وقفت فرساً أو عبداً فإن ذلك لا يجوز، لأنه لا يمكن الانتفاع به ما لم يتعين، ولا يمكن تسليمه، ولهذا قلنا: لا يجوز أن يبيع ثوباً مطلقاً لأنه لا يمكن تسليمه والإخبار عليه.

فأما الكلب فالذي نصّ عليه الشافعي: إنه لا يجوز وقفه، لأنه ليس بمال.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإذَا قَالَ: تَصَدَّقْتُ بِدَارِي عَلَى قَوْمٍ أَوْ رَجُلٍ مَعْرُوفٍ حَيٍّ يَوْمَ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ وَقَالَ صَدَقَةٌ مُحَرَّمَةٌ، أَوْ قَالَ: مَوْقُوفَةٌ، أَوْ قَالَ: صَدَقَةٌ مُسَبَّلَةٌ، فَقَدْ خَرَجَتْ مِنْ مِلْكِهِ فَلَا تَعُودُ مِيرَاثاً أَبَداً)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٣.

قال الماوردي: وهذا كما قال. ألفاظ الوقف ستة: تصدقت، ووقفت، وحبست. لأن التصرف يحتمل الوقف، ويحتمل صدقة التمليك المتطوع بها، ويحتمل الصدقة المفروضة.

فإذا قرنه بقرينة تدل على الوقف، انصرف إلى الوقف وانقطع الإحتمال والقرينة: أن يقول: تصدقت صدقة موقوفة، أو محبسة، أو مسبلة، أو محرمة، أو مؤبدة. أو يقول: صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث، لأن هذه كلها تصرف إلى الوقف. وكذلك إذا نوى الوقف انصرف إلى الوقف فيما بينه وبين الله تعالى، لا يصير وقفاً من الحكم. فإذا أقر بأنه نوى الوقف صار وقفاً في الحكم حينئذٍ، كما قال: أنتِ حلٌّ ونوى الطلاق وقع فيما بينه وبين الله تعالى. فإذا أقرت بالنية، وقع الطلاق في الحكم.

فأما إذا قال: وقفت، كان ذلك صريحاً فيه، لأن الشرع قد ورد بها حيث قال ﷺ لعمر: «حَبِّسِ الأَصْلَ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ» وعرف الشرع بمنزله عرف العادة.

فأما إذا قال: حرمت وبدت، ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما كنايتان، لأنه ما ورد بهما. لأنهما لا يستعملان إلا في الوقف، ولا يحتملان شيئاً آخر.

فإذا قلنا: إنهما صريحان فيه، فالحاكم على ما ذكرنا. وإذا قلنا: كنايتان، فلا بد من القرينة أو النية على ما ذكرنا فيما هو كناية من ألفاظه. والله أعلم.

فصل: وأما ما اختلف فيه، فلفظان: التحريم، والتأبيد. فإذا قال: حرمتها أو أبدتها، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه يكون كناية، لاحتماله أن يريد بتحريم الوقف، أو يريد تحريم التصرف.

والوجه الثاني: يكون صريحاً، لأن ذلك هو الوقف من الصريح.

فصل: وقف المشاع يجوز. وقال محمد بن الحسن: لا يجوز، بناء على أصله من أن رهنه وإجارته لا تجوز.

ودليلنا: ما روي أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَلَكَ مَائَةَ سَهْمٍ مِنْ خَيْبَرَ، فقال رسول الله ﷺ: «حَبِّسِ الأَصْلَ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ» فوقفها بأمره وكانت مشاعاً، ولأن ما صح بيعه من ذوات المنافع الباقية، صح وقفه كالمحوز، ولأنه عقد صح آخره، والمشاع كالبيع.

فصل: وقف الدرهم والدنانير لا يجوز وقفها لأستهلاكها، فكانت كالطعام.

وروى أبو ثور عن الشافعي: جواز وقفها. وهذه الرواية محمولة على وقفها على أن يؤاجرها لمنافعها، لا لاستهلاكها بأعيانها. فكأنه أراد وقف المنافع، وذلك لم يجز. وإن وقفها للإجارة والانتفاع الباقي، فعلى وجهين كما قلنا في الإجارة.

وأما وقف الحلي فجائز لا يختلف، لجواز إجارته، أو مكان الانتفاع به مع بقاء عينه.

فصل: أرض الخراج ضربان:

أحدهما: أن تكون مملوكة، فيكون خراجها جزية تسقط عنها بالإسلام، ويجوز وقفها لكونها ملكاً تاماً لوقفها.

والضرب الثاني: أن تكون غير مملوكة الدوار كأرض السواد، فخراجها أجرة، ووقفها لا يجوز. وأجازه أهل العراق على أصلهم في جواز بيعها، وهو أصلنا في المنع من وقفها، أو لا يجوز عندنا بيعها.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (ولا يَجُوزُ أَنْ يُخْرِجَهَا مِنْ مِلْكِهِ إِلاَّ إِلَى مَالِكِ مَنْفَعَةٍ يَوْمَ يُخْرِجُهَا إِلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يُسْبِلْهَا عَلَى مَنْ بَعْدَهُمْ، كَانَتْ مُحَرَّمَةً أَبَداً. فَإِذَا انْقَرَضَ المُتَصَدَّقُ بِهَا عَلَيْهِ، كَانَتْ مُحَرَّمَةً أَبَداً وَرَدَدْنَاهَا عَلَى أَقْرَبِ النَّاسِ بِالَّذِي تَصَدَّقَ بِهَا يَوْمَ تَرْجِعُ)[(١)].

قال الماوردي: إعلم أن الوقف ملحق بالهبات في أصله، وبالوصايا في فرعه. وليس كالهبات المحضة، لأنه قد يدخل فيها من ليس بموجود. ولا كالوصايا، لأنه لا بد فيها من أصل موجودة.

ثم اعلم أن صحة الوقف من يجوز وقفه وما يجوز وقفه، معتبر بخمسة شروط:

أحدها: أن يكون معروف السبيل، ليعلم مصرفه وجهة استحقاقة فإن قال: وقفته على ما شاء زيد، كان باطلاً. وهكذا لو قال: وقفته فيما شاء الله، كان باطلاً، لأنه لا يعلم مشيئة الله تعالى فيه.

فلو قال: وقفته على من شئت، أو فيما شئت، فإن كان قد تعين له من شاء، أو ما شاء عند وقفه، جاز، وأخذ بيانه. وإن لم يتعين له، لم يجز. لأنهم إذا تعينوا له عند

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٣.

مشيئة، فالسبيل معروفة عند واقفه يؤخذ بيانها، وإذا لم يتعيّنوا فهي مجهوله، كورود ذلك إلى مشيئة غيره، فهي مجهولة عنده، وإن كانت معينة عند غيره. فلو قال: وقفت هذه الدار ولم يزد على هذا، ففي الوقف وجهان:

أحدهما: باطل، وهو الأقيس للجهل باستحقاق المصرف.

والوجه الثاني: جائز، وفي مصرفه ثلاثة أوجه حكاها ابن سريج.

أحدها: وهو الأصح: أنه يصرف إلى الفقراء والمساكين، لأن مقصود الوقف القربى، ومقصود القربى في الفقراء والمساكين، فصار كما لو وصى بإخراج ثلث ماله ولم يذكر في أي الجهات، صرف في الفقراء والمساكين، ويكون أقرب الناس نسباً وداراً من ذوي الحاجة أحق بها.

والثاني: أنه يصرف في وجوه الخير والبر لعموم النفع بها.

والثالث: وهو مذهب له، أن الأصل وقف والمنفعة له ولورثته، وورثة ورثته ما بقوا، فإذا انقرضوا كانت في مصالح المسلمين، فكأنه وقف الأصل واستبقى المنفعة لنفسه ولورثته.

وإن قيل: فلو قال: وقفتها على من يولد لي وليس له ولد، يجوز؟.

قيل: لا، والفرق بينهما: أنه مع الاطلاق قد يحمل بالعرف على جهة موجودة، ومع تعيين الحمل قد حمله على جهة غير موجودة.

فلو قال: وقفتها على جميع المسلمين، أو جميع الخلق، أو على كل شيء، فهو وقف باطل لعلتين:

أحدهما: أن الوقف ما كان سبيل مخصوص الجهات لتعرف، وليس كذلك هذا.

والعلة الثانية: أنه لا يملك استيفاء هذا الشرط، ولو وقفها على الفقراء والمساكين جاز، وإن لم يمكن، وقفها إلى جميعهم لأمرين:

أحدهما: أن الجهة مخصوصة.

والثاني: أن عرف الشرع فيهم لا يوجب استيعاب جميعهم، كالزكاوات.

ولو وقفها على قبيلة لا يمكن استيفاء جميعهم كوقفه إياها على ربيعة أو مضر، أو على بني تميم، ففيه وجهان:

أحدهما: أن الوقف باطل، تعليلاً بأن استيفاء جميعهم غير ممكن، وليس الشرع لهم عرف.

والثاني: أن الوقف جائز تعليلاً بأن الجهة مخصوصة معروفة، ويدفع إلى من أمكن منهم كالفقراء والمساكين، وهذا حكم الشرط الأول وما يتفرع عليه.

فصل: والشرط الثاني: أن تكون مسبلة مؤبدة لا تنقطع. فإن قدره بمدة قال: وقفت داري على زيد سنة، لم يجز، وأجازه مالك، وبه قال أبو العباس بن سريج. فقال: لأنه لما جاز له أن يتقرب بكل ماله وببعضه، جاز له أن يتقرب به في كل الزمان وفي بعضه.

قال أبو العباس: وإن قيل: فهذه عارية وليست وقفاً. قيل له: ليس كذلك، فإن العارية يرجع فيها، وهذه لا رجعة فيها. أو هذا خطأ لقوله ﷺ: «حَبِّسِ الأَصْلَ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ» وهذا أصل غير محبس. ولأنه لو جاز أن يكون وقف إلى مدة لجاز أن يكون عتق إلى مدة. ولأنه لو جرى مجرى الهبات، فليس في الهبات رجوع. وإن جرى مجرى الوصايا والصدقات، فليس فيها بعد زوال الملك رجوع.

ولهذا فرقنا بين أن يقف بعض ماله فيجوز، وبين أن يقف في بعض الزمان فلا يجوز، لأنه ليس في وقف بعض ماله رجوع في الوقف، وفي وقفه في بعض الزمان رجوع في الوقف. وإذا صح أن الوقف إلى مدة لا يجوز، فكذلك الوقف المتقطع، وإن لم يتقدر بمدة لا يجوز.

فصل: أن يقول: وقفت بعده الدار على زيد ولم يذكر آخره، لم يصح لأن زيداً يموت فيصير الوقف منقطعاً.

وكذلك لو قال: على زيد وأولاده وأولاد أولاده ما تناسلوا، لأنه وقف لا يعلم تأبيده لجواز انقراضهم، فصار وقفاً منقطعاً.

وهكذا لو وقف على مسجد أو رباط أو نفر، لأن المسجد والرباط قد يخربان ويبطلان، والثغر قد يسلم أهله، فصار منقطعاً حتى يقول: فإن بطل، فعلى الفقراء والمساكين.

وأما إن وقفه على قراء القرآن لم يكن منقطعاً، لأنهم باقون ما بقي الاسلام، وقد تكفل الله تعالى بإظهاره على الدين كله.

وهكذا لو وقفه على المجاهدين في سبيل الله، كان وقفاً باقياً إذا لم يكن على ثغر بعينه، وإذا لم يجز بما وصفنا أن يكون الوقف مقدراً ولا منقطعاً، ففيه قولان إن فعل ذلك:

أحدهما: باطل، لأن حكم الوقف أن يكون مؤبداً، والمنقطع غير مؤبد، فلم يصر وقفاً.

والقول الثاني: أن الوقف جائز، لأنه إذا كان الأصل موجوداً لم يحتج إلى ذكر من ينتقل إليه، كالوصايا والهبات.

فإذا قيل: ببطلان الوقف، كان ملك الواقف ولا يلزم في الأصل، ولا في غيره، وله التصرف فيه كسائر أملاكه.

وإذا قيل: بجواز الوقف، كان على الأصل الموجود ما كان باقياً، لا حق لواقفه فيه. فإذا هلك الأصل وهو أن يموت الوقف فينقطع سبله، فلا يخلو حال الواقف في شروطه الواقفة من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يشترط تحريمها وتأبيدها.

والثاني: أن يشترط رجوعها إليه.

والثالث: أن يطلق، وإن اشترط رجوعها إليه ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج، وهو مذهب مالك: إنهما ترجع إليه لما ذكرنا لهما من الآثار لموجب الشرط.

والثاني: وهو الأصح، لأنها لا ترجع تغليباً للحكم في الوقف على الشرط. وإن اشترط تأبيدها أو أطلق، لم يرجع إليه لا يختلف، لأن تعيين الأصل قد أخرجه عن ملكه، وفي مصرفه ثلاثة أوجه.

أحدها: يصرف في وجه الخير والبر، لأنها أعم.

والثاني: في الفقراء والمساكين، لأنهم مقصود الصدقات.

والثالث: وهو مذهب الشافعي نص عليه في هذا الموضع وغيره: أنه يرد على أقارب الواقف. لكن أطلق المزني والربيع ذكر الأقارب، ولم يفرق بين الفقراء والأغنياء. وروى حرملة: أنه يرد على الفقراء من أقاربه. وكان بعض أصحابنا يخرج اختلاف الرواية على اختلاف قولين:

أحدهما: يرد على الفقراء والأغنياء من أقاربه، وهو ظاهر ما رواه المزني والربيع.

والقول الثاني: يرجع على الفقراء منهم دون الأغنياء، وهو نص ما رواه حرملة.

وقال جمهور أصحابنا: ليست الرواية مختلفة، وإنما اختلاف المزني والربيع محمول على تقييد حرملة، ويرد على الفقراء من أقاربه دون الأغنياء، لأنه مصرف الوقف المنقطع في ذوي الحاجة. وإنما خصَّ الأقارب صلة للرحم، كالزكاة.

وإذا تقرر ما وصفنا، فلا يخلو حال الوقف من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون على أصل موجود، وفرع موجود.

والثاني: أن يكون على أصل معدوم، وفرع معدوم.

والثالث: أن يكون على أصل موجود، وفرع معدوم.

والرابع: أن يكون على أصل معدوم، وفرع موجود.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون على أصل موجود وفرع موجود، فهو أن يقول: وقفت الدار على زيد، فإذا مات فعلى الفقراء والمساكين. فهذا جائز، لأنه قد جعل زيداً أصلاً وهو موجود، والفقراء والمساكين فرعاً وهم موجودون.

وهكذا إذا قال: وقفتها على زيد وأولاده وأولاد أولاده ما تناسلوا، ثم على الفقراء والمساكين، صح، وإن لم يكن أولاد زيد موجودين، لأنهم تبع لموجود، ويتعقبهم فرع موجود. ومن هذا الوجه صار الوقف ملحقاً بالوصايا في فرعه.

وأما القسم الثاني: وهو أن يكون أصل معدوم وفرع معدوم، فهو أن يقول: وقفتها على من يولد لي ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا، فهذا وقف باطل، لأن من يولد له معدوم، ومن هذا الوجه صار ملحقاً بالهبات، ثم يكون ما وقفه على ملكه قولاً واحداً، بخلاف ما وقفه وقفاً مرسلاً، لما ذكرنا من الفرق بين الأمرين.

وأما القسم الثالث: وهو أن يكون على أصل موجود وفرع معدوم، فهو ما ذكرنا من المقدر والمنقطع، وفيه ما وصفنا من القولين.

وأما القسم الرابع: هو أن يكون على أصل معدوم وفرع موجود، فهو أن يقول: وقفتها على من يولد لي، ثم على أولادهم، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين. فقد اختلف أصحابنا:

فكان أبو علي بن أبي هريرة يخرجها على قولين، كما لو كان على أصل موجود وفرع معدوم.

أحدهما: باطل لعدم أصله.

والثاني: جائز لوجود فرعه.

وكان أبو اسحاق المروزي يجعل الوقف باطلاً قولاً واحداً، وهذا هو الصحيح.

والفرق بين هذا وبين أن يكون على أصل موجود وفرع معدوم: أن ما عدم أصله فليس له مصرف في الحال، وإنما ينتظر له مصرف في ثاني حال، فبطل. وما وجد، فله مصرف في الحال.

وأما ما يخاف عدم مصرفه في ثاني حال، فلو قال: وقفتها على الفقراء والمساكين، إلا أن يولد لي ولد فيكون الوقف له ولولده وأولادهم ما تناسلوا، وإذا انقرضوا فالفقراء والمساكين، وهذا وقف جائز، لأن الفقراء فيه أصل وفرع. وإنما جعل ما بين الأصل والفرع معدوماً، فلم يمنع من صحة الوقف، كما لو وقفه على ولد له موجود، ثم على أولاده الذين لم يولدوا بعد، ثم على الفقراء والمساكين، كان الوقف جائزاً. فهذا حكم الشرط الثاني وما تفرع عليه.

والشرط الثالث: أن يكون على جهة تصح ملكها أو التملك لها، لأن غلة الوقف مملوكة، ولا تصح إلا فيما يصح أن يكون شيء من ذلك مالكاً.

قيل: هذا وقف على كافة المسلمين، وإنما عين مصرفه في هذه الجهة فصار مملوكاً مصروفاً في هذه الجهة من مصالحهم.

فعلى هذا، لو قال: وقفت داري على دابة زيد، لم يجز لأن الدابة لا تملك، ولا يصرف ذلك في نفقتها؛ لأن نفقتها تجب على المالك.

وهكذا لو قال: وقفتها على دار عمرو، لم يجز لأن الدار لا تملك. فلو وقفها على عمارة دار زيد، نظر: فإن كانت دار زيد وقفاً صح هذا الوقف، لأن الوقف طاعة، وحفظ عمارته قربة، فصار كما لو وقفها على مسجد أو رباط. أو كانت دار زيد ملكاً طلقاً، بطل هذا الوقف عليها، لأن الدار لا تملك، وليس استيفاؤها واجباً، إذ لزيد بيعها وليس في حفظ عمارتها طاعة.

ولو وقفها على عبد زيد، نظر: فإن كان الوقف على نفقة العبد لم يجز، لأن نفقته على سيده. وإن كان الوقف ليكون العبد مالكاً لغلته، فعلى قولين من اختلاف قوليه في العبد: هل يملك إذا ملك أم لا؟.

ولو وقفها على المكاتبين، أو على مكاتب بعينه، كان الوقف جائزاً، لأن سهام الزكوات أغلظ حكماً، وفيها سهم الرقاب. ولو وقفها على مدبر، كان كالعبد، وكذلك أم الولد، ولكن لو وقفها على عبده أو مدبرة أو مكاتبة أو أم ولده قبل موته، لم يجز لأنه كالوقف على نفسه، فهذا حكم الشرط الثالث.

فصل: والشرط الرابع: أن لا يكون على معصية. فإن كان على معصية لم يجز، لأن الوقف طاعة تنافي المعصية. فمن ذلك أن يقفها على الزناة، أو السراق، أو شراب الخمر، أو المرتدين عن الإسلام، فيكون الوقف في هذه الجهات باطلاً، لأنها معاصي يجب الكف عنها، فلم يجز أن يعان عليها.

فلو وقفها على رجل بعينه، فكان الرجل حين وقفها عليه مرتداً، فعلى الوقف وجهان:

أحدهما: باطل، كما لو وقفها على من ارتد.

والوجه الثاني: جائز. والفرق بين أن يقفها على مرتد فيجوز، وبين أن يقفها على من ارتد فلا يجوز، من وجهين:

أحدهما: أن الوقف على من ارتد، وقف على الردة، والردة معصية، والوقف على رجل هو مرتد ليس بوقف على الردة، فلم يكن وقفاً على معصية.

والفرق الثاني: في الوقف على من ارتد إغراء بالدخول في الردة، وليس في الوقف على مرتد إغراء بالدخول في الردة، لأن غيره لو ارتدَّ لم يكن له في الوقف حق، وفي المسألة الأولى لكل من دخل في الردة إن لو صح الوقف.

فأما إذا وقفها على مسلم وارتد عن الإسلام، فالوقف صحيح، وأبطله أهل العراق.

وهذا خطأ، لأن أملاك المسلمين لا يبطل بالردة، فصار الوقف على المرتد ينقسم على هذه الأقسام الثلاثة:

باطل، وهو أن ينفقه على من ارتد.

وجائز، وهو أن ينفقه على مسلم فيرتد.

ومختلف فيه، وهو أن ينفقه على رجل مرتد.

فأما الوقف على اليهود والنصارى فجائز، سواء كان الواقف مسلماً أو غير مسلم، لأن الصدقة عليهم جائزة، وإن منعوا المفروض منها. فلو وقف على رجل ليحج عنه ولا يكون وقفاً على نفسه، لأنه لا يملك شيئاً من غلته. فلو ارتد عن الإسلام، لم يجز أن يصرف الوقف والحج عنه، لأن الحج عن المرتد لا يصح، وصرف في الفقراء والمساكين. فإن عاد إلى الإسلام، أعيد الوقف إلى الحج عنه.

ولو وقفها في الجهاد عنه جاز. فلو ارتد الواقف عن الإسلام، كان الوقف على حاله مصروفاً في المجاهدين عنه.

والفرق بين الحج والجهاد: أن المرتد لا يصح منه الحج، ويصح منه الجهاد.

فأما الوقف على الكنائس والبيع فباطل، سواء كان الواقف مسلماً أو ذمياً، لأنها موضوعة للإجتماع على معصية. ولو وقف داراً ليسكنها فقراء اليهود ومساكينهم، فإن جعل للفقراء المسلمين ومساكينهم، فيها حظاً جاز الوقف، وإن جعلها مخصوصة بفقراء اليهود ففي صحة وقفها وجهان:

أحدهما: جائزة، كالوقف على فقرائهم.

والوجه الثاني: لا يجوز، لأنهم إذا انفردوا بسكناها صارت كبيعهم وكنائسهم.

فأما الوقف على كتب التوراة والإنجيل فباطل، لأنها مبدلة، فصار وقف على معصية.

وكان بعض أصحابنا يعلل بطلان الوقف عليها بأنها كتب قد نسخت وهذا تعليل فاسد، لأن تلاوة النسوخ من كتب الله تعالى وآياته خطأ ليس بمعصية، ألا ترى أن في القرآن منسوخاً يتلى ويكتب كغير المنسوخ؟ فهذا حكم الشرط الرابع وما يتفرع عليه.

فصل: والشرط الخامس أن لا يعود الوقف عليه ولا شيء منه، وإن وقفه على نفسه لم يجز.

وقال أبو يوسف: يجوز وقف الرجل على نفسه، وبه قال أبو عبد الله الزبيري من أصحابنا.

وقال مالك: إن شرط أول الوقف لنفسه جاز، وإن شرط جميعه لنفسه لم يجز، وبه قال أبو العباس بن سريج.

واستدلوا بأن النبي ﷺ قال حين ضاق المسجد به: «مَنْ يَشْتَرِيَ هَذِهِ الْبُقْعَةَ وَيَكُونُ فِيهَا كَالْمُسْلِمِينَ، وَلَهُ فِي الْجَنَّةِ خَيْرٌ مِنْهَا»؟ فاشتراها عثمان. وقال في بئر رومة: «من يشتريها من ماله»؟ واشتراها عثمان رضي الله عنه[1] واشترط فيها رشا كرشا المسلمين بأمر رسول الله ﷺ وقال الزبيري: كيف ذهب هذا على الشافعي؟

واستدلوا بقول النبي ﷺ لصاحب البدنة: «ارْكَبْهَا إِذَا أُلْجِئْتَ إِلَيْهَا حَتَّى تَجِدَ ظَهْراً»[2] فجعل له الانتفاع بما أخرجه من ماله لله تعالى، «ولأن النَّبِيَّ ﷺ أَعْتَقَ صَفِيَّةَ، وَجَعَلَ عِتْقَهَا صداقها»، فعاد إليه بعد أن أخرجه لله.

ولأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقف داراً له فسكنها إلى أن مات. وأن الزبير بن العوام جعل رباعه صدقات موقوفات، فسكن منزلاً منها حتى خرج إلى العراق، ولأنه لما استوى هو وغيره في الوقف العام جاز أن يستوي هو وغيره في الوقف الخاص.

ودليلنا هو: أن وقفه على نفسه لا يجوز لقوله ﷺ «حَبِّس الأَصْلَ وَسَبِّل الثَّمَرَة»، وبتسبيل الثمرة يمنع أن تكون له فيها حق. ولأن الوقف صدقة، ولا تصح صدقة الإنسان على نفسه. ولأن الوقف عقد يقتضي زوال الملك، فصار كالبيع والهبة. فلما لم تصح مبايعة نفسه ولا الهبة بها، لم يصح الوقف عليها. ولأن استثناء منافع الوقف لنفسه، كاستثنائه في العتق، بعض أحكام الرق لنفسه، فلما لم يجز هذا في العتق، لم يجز مثله في الوقف. ولأن الوقف يوجب إزالة ملك باستحداث غيره، وهو إذا وقف على نفسه لم يدل بالوقف ملكاً، ولا استحدث به ملكاً، فلم يجز أن يصير وقفاً.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن عثمان شرط في بئر رومة أن يكون دلوه كدلاء المسلمين، فهو: أن الماء على أصل الإباحة لا يملك بالإجازة، فلم يقف ما اشترطه لنفسه من البئر شيئاً، ولو لم يذكر ذلك لكان دلوه فيها كدلاء المسلمين، وإنما ذكرهذا الشرط ليعلمهم أنه لم يستأثر بها دونهم، وأنه فيها كأحدهم.

---

(١) حديث أبي عبد الرحمن السلمي: أخرجه البخاري في الوصايا (٢٧٧٨) وأخرجه الترمذي في المناقب (٣٦٩٩) والنسائي ٦/ ٢٣٦ ـ ٢٣٧ والبيهقي ٦/ ١٦٧ والدارقطني ٤/ ١٩٩ ـ ٢٠٠ وأحمد ١/ ٥٩.

(٢) سبق تخريجه.

وأما الجواب عن قوله لصاحب البدنة: «إِرْكَبْهَا إِذَا أُلْجِئْتَ إِلَيْهَا حَتَّى تَجِدَ ظَهْرَاً» فمن وجهين:

أحدهما: أنه ليس المقصود من البدنة منافعها، فجاز أن يعود إليه، والمقصود من الوقف منافعه، فلم يجز أن يعود إليه.

والثاني: أنه لما جاز في البدنة أن يأكل منها من غير شرط، جاز أن يعود إليه منافعها، ولا يجوز في الوقف أن يعود إليه شيء منه يعتبر شرط، فكذلك لا يعود إليه بالشرط.

وأما الجواب عن عتقه لصفية، فهو: أن العتق على عوض جائز، والوقف على عوض غير جائز.

وأما سكنى عمر والزبير رضي الله عنهما وما وقفاه، فقد يجوز أن تكون سكناهما بعد استطابة نفوس أربابه، لأن نفس من وقف عليه لا يأتي إرفاق الوقف به، ولو منعه لامتنع، أو يكون قد استأجر ذلك من واقفه.

وأما الوقف العام فسنذكر من حكمه ما يكون جواباً عنه.

فصل: وإذا تقرر أن وقف الإنسان على نفسه لا يجوز، فلا يخلو حال الواقف على نفسه من أحد أمرين: إما أن يكون عاماً، أو خاصاً. وإن كان خاصاً، فعلى قسمين:

أحدهما: أن يقول: وقفته على نفسي، ثم على الفقراء والمساكين، ولا يجوز أن يكون وقفاً لنفسه، وهل يبطل أن يكون وقفاً للفقراء والمساكين؟ فعلى قولين:

أحدهما: أنه باطل؛ لأنه فرع لأصل باطل.

والقول الثاني: جائز، لأنهم صاروا فيه أصلاً عند بطلان الأصل. فعلى هذا، هل يستحقونه قبل موته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنهم لا يستحقون إلا بعد موته، اعتباراً بظاهر شرطه، ويكون أحق بغلته منهم.

والوجه الثاني: أنهم يستحقون الوقف في الحال، وإلا صار وقفاً بعد مدة؛ ولأنه لو صارت الغلة إليه قبل موته، لصار وقفاً على نفسه ومعمولاً فيه على شرطه.

وإن كان الوقف عاماً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون منافعه مباحة كمرافق المسجد وماء البئر، فهذا يكون فيه كغيره من المسلمين، سواء شرط ذلك لنفسه أو لم يشترط، استدلالاً بوقف عثمان رضي الله عنه، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون شركاء ثلاث».

والضرب الثاني: أن تكون منافعه ليست على أصل الإباحة، كثمار النخل والشجر، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يطلقه ولا يشترط لنفسه شيئاً منه، كرجلٍ وقف نخلاً على الفقراء والمساكين وأبناء السبيل، وصار من جملتهم، دخل فيه وجاز أن يأكل منها كأحدهم؛ لأنه من جملتهم بوصفه لا بعينه، فلم يكن ذلك وقفاً عليه؛ لأنه على موصوفين لا على معنيين، فيساوي من شاركه في حقه.

والضرب الثاني: أن يشترط لنفسه أن يأكل منها غنياً أو فقيراً كان فيه، وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن سريج والزبيري: أنه يجوز، لأنه قد أخرجه عاماً، فجاز أن يدخل في العموم بعينه كما يدخل فيه بوصفه.

والوجه الثاني: وهو مذهب الشافعي رحمه الله: إنه لا يجوز أن يدخل فيه بعينه، كما لم يجز أن يدخل في الخاص بعينه.

فإذا قلنا: يجوز دخوله فيه على الوجه الأول، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه حق قائم على التأبيد يخلفه فيه ورثته، وورثة ورثته ما بقوا، فإذا انقرضوا عاد حينئذ على جماعة الفقراء والمساكين.

والوجه الثاني: أنه مقدر بمدة حياته، فإذا مات عاد إلى الفقراء دون ورثته، إلا أن يكونوا من جملة الفقراء.

وإذا قيل إنه يجوز دخوله فيهم بعينه فهل يكون ما جعله من ذلك لنفسه باقياً على ملكه أم داخلاً في عموم وقفه على وجهين:

أحدهما: أنه باق على ملكه، لأن الوقف بطل فيه، وصح فيما سواه.

والثاني: انه دخل في عموم وقفه، لأن الوقف بقي في الجميع، وإنما بطل الاستثناء في الحكم.

فصل: فلو وقف وقفاً على ولده ثم على ورثة ولده، ثم على الفقراء والمساكين، فمات الولد وكان الأب الواقف أحد ورثته، فهل يرجع عليه قدر ميراثه منه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع عليه، وهو قول ابن سريج والزبيري.

والوجه الثاني: لا يرجع، ولا على الباقين من ورثته. لأن الورثة إنما يأخذون منه قدر مواريثهم، ولا يأخذون ميراث غيرهم. ويرد على الفقراء، ثم ينظر فيما جعله لورثة ولده من بعده، فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يجعله لهم على قدر مواريثهم، فيكون بينهم كذلك.

والثاني: أن يجعله بينهم بالسوية، فيكون كذلك، يستوي فيه الذكر والأنثى والزوجة والولد.

والثالث: أن يطلق، فيكون بينهم بالسوية. لأن الأصل التساوي في العطايا، فلم يشترط التفاضل.

فلو وقف وقفاً على ورثة زيد وكان زيد حياً فلا حق فيه لأحد منهم، لأن الحق لا يكون موروثاً، وإنما يسمى أهله ورثة على طريق المجاز دون الحقيقة. وإذا كان كذلك، صار هذا وقفاً على أصل معدوم، فيكون على ما مضى. ولو كان زيد ميتاً، كان ذلك وقفاً صحيحاً على ورثته، ثم يكون على الأحوال الثلاث في التساوي والتفضيل.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَهِيَ عَلَى مَا شَرَطَ مِنَ الأَثَرَةِ وَالتَّقْدِمَةِ)[1].

قال الماوردي: إعلم أن الوقف عملية يرْجعُ فيها إلى شرط الواقف، فإذا وقف على أولاده وكانوا موجودين ثم على الفقراء صح الوقف إن كان في الصحة، وبطل على أولاده إن كان في مرض الموت، لأنهم ورثة، وفي بطلانه على الفقراء قولان.

ثم إذا كان الواقف على أولاده في الصحة فأمضياه، دخل فيهم الذكور والإناث والخنثى، لأنه كلهم أولاده. فإن فضّل الذكور على الإناث، أو فضّل الإناث على الذكور، حملوا على تفضيله. وهكذا لو فضل الصغار على الكبار، أو الكبار على الصغار، وإن أطلق سوى بينهم، ولا يفضل ذكر على أنثى، ولا صغير على كبير، ولا غني على فقير، ولا

(١) مختصر المزني: ص ١٣٣ ـ ١٣٤.

شيء لأولاد أولاده إذا كان وقفه على أولاده، ويكون للفقراء والمساكين، وبه قال أهل العراق.

وقال مالك: إذا وقف على أولاده، دخل فيه أولاد أولاده وإن سفلوا، لأنهم من أولاده. وبه قال بعض أصحابنا، وخرجه أبو علي الطبري قولاً للشافعي، لأن اسم الولد ينطلق عليهم.

وهذا خطأ، لأن الأحكام تتعلق بحقائق الأسماء دون مجازها، وحقيقة اسم الولد ينطلق على ولد الصلب دون ولد الولد.

فصل: ولو وقف وقفاً على أولاده وأولاد أولاده، كان ذلك للبطن الأول من أولاد صلبه، وللبطن الثاني وهم أولاد أولاده، يشترك البطن الثاني والبطن الأول فيه، إلا أن يقول: ثم على أولادهم، أو يقول: بطناً بعد بطن. ولا يشترك البطن الثاني والبطن الأول، حتى إذا انقرض البطن الأول أخذ البطن الثاني حينئذ. فإذا انقرض البطن الثاني، فلا حق فيه للبطن الثالث، وينتقل إلى الفقراء والمساكين.

وعلى قول مالك ومن تابعه من أصحابنا: يكون لمن يأتي بعدهم من البطون، ولا ينتقل إلى الفقراء إلا بعد انقراضهم، وإن سفلوا.

فلو قال: على أولادي وأولاد أولادي وأولاد أولاد أولادي، استحق ثلاثة أبطن من ولده، ثم ينتقل بعد البطن الثالث إلى الفقراء والمساكين، ثم يشارك كل بطن لمن بعده، إلا أن يرتب فيكون على الترتيب.

فلو قال: على أولادي وأولاد أولادي أبداً ما بقوا وتناسلوا، استحقه كل بطن يحدث من ولده. فإن رتب كان على ترتيبه، وإن أطلق شارك البطن الأعلى البطن الأسفل، ولا حق للفقراء فيه ما بقي أحد من ولده وإن سفل، فإذا انقرض جميعهم صار للفقراء والمساكين.

فصل: وإذا كان الوقف على أولاده وأولاد أولاده، دخل فيهم ولد البنين مع البنات.

وقال مالك: لا يدخل فيهم أولاد البنين دون أولاد البنات؛ لأن أولاد البنات لا ينسبون إليه، فلم يكونوا من ولده، واستشهد بقول الشاعر:

بَنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتِنَا ... بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الأَبَاعِدِ

والدليل على أن أولاد بناته هم خير أولاد أولاده، هو: أن البنات لما كن من أولاده،

كان أولادهن أولاد أولاده، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال في الحسن: «إن ابني هذا سيد فسماه ابناً»[1].

فصل: فلو قال: وقفتُ هذه الدار على نسلي، أو قال: على عقبي، أو على ذريتي، دخل فيهم أولاد البنين وأولاد البنات وإن بعدوا، لأنهم من نسله وعقبه وذريته. قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ وَأَيُّوبَ وَيُوسُفَ وَمُوسَى وَهَارُونَ وَكَذَلِكَ يُجْزِي الْمُحْسِنِينَ وَزَكَرِيَّا وَيَحْيَى وَعِيسَى﴾[2] فجعل عيسى من ذريته، وهو إنما نسب إليه بأم لا بأب.

ولكن لو وقفها على مناسبة، لم يدخل فيهم أولاد بناتهم؛ لأنهم ينسبون إلى آبائهم دون أمهاتهم، لكن يدخل فيهم الذكور والإناث من أولاد البنين دون أولاد البنات.

ولكن لو قال: على عصبتي، لم يدخل فيهم إلا الذكور، ومن أولاده وأولاد بنيه دون الإناث.

فصل: ولو قال: وقفت هذه الدار على بني، لم يشركهم بناته ولا الخناثى. ولو قال: على بناتي، لم يشركهم بنوه ولا الخناثى. ولو قال: على بني وبناتي، دخل فيه الفريقان، وفي دخول الخناثى فيهم وجهان:

أحدهما: لا يدخلون فيهم، لأنهم لا يدخلون في البنين ولا في البنات.

والثاني: يدخلون فيهم، لأنهم لا يخلو من أن يكونوا من البنين أو من البنات، وإن كانوا عندنا مشكلين فهم عند الله غير مشكلين.

فصل: ولو قال: وقفتها على بني فلان، فإن أشار إلى رجل لا إلى قبيلة، اختص ذلك بالذكور دون الإناث. ولو أشار إلى قبيلة كقوله: على بني تميم ففي دخول البنات فيهم وجهان:

أحدهما: يدخلون تغليباً لحكم القبيلة.

والثاني: لا يدخلون تغليباً لحقيقة الاسم.

---

(١) حديث أبي بكرة: أخرجه البخاري في الصلح (٢٧٠٤) والمناقب (٣٦٢٩) و (٣٧٤٦) والفتن (٧١٠٩) وأبو داود (٤٦٦٢) والترمذي (٣٧٧٣).

(٢) سورة الأنعام، الآية: ٨٤.

ولو قال: على بنات فلان، لم يدخل فيهم الذكور سواء أراد رجلاً أو قبيلة، و الفرق بينهما: أنه حد يجمع بين الذكور والإناث باسم الذكور، ولا يجمع بينهما باسم الإناث.

فصل: ولو وقفها على أهل بيته، ففيهم ثلاثة أوجه:

أحدها: من ناسبه إلى الجد.

والثاني: من اجتمع معه في رحم.

والثالث: كل من اتصل منه بنسب أو سبب، قال النبي ﷺ: «سَلْمَانُ مِنَّا أَهْلِ الْبَيْتِ».

ولو وقفها على آله ففيهم وجهان:

أحدهما: أنهم أهل بيته.

والثاني: أنهم من دان بدينه.

فصل: ولو وقفها على أقرب الناس به، فهم المولودون، يقدم الأقرب منهم فالأقرب، يستوي فيه الذكور والإناث، وأولاد الذكور وأولاد الإناث، ثم الوالدون، يستوي فيهم الآباء والأمهات، ثم يستوي بعدهم الأجداد والجدات من قبل الآباء والأمهات، وفي تقديم الإخوة على الجد قولان:

أحدهما: يقدمون.

والثاني: يستوون. ثم يقدم بنو الإخوة على الأعمام، ويسوي بين الأخوال والأعمام، ويسوي بين ولد الأب وولد الأم، وهل يفضل عليهما ولد الأب والأم؟ على قولين.

فصل: وإن وقفها على مواليه. فإن ذكر مولى من أعلى فهي له دون من سفل، وإن ذكر مولى من أسفل فهي له دون من علا، وإن أطلق، ففيه ثلاثة أوجه حكاها أبو سعيد الاصطخري:

أحدها: يكون لمن علا، وهو المعتق لأنه المنعم.

والثاني: يكون لمن سفل وعلا، لاشتراكهما في اسم المولى.

والثالث: أن الوقف باطل، لامتياز الفريقين واستواء الأمرين.

فصل: ولو وقفها على عياله، فهم من في نفقته، وإن كان فيهم والد وولد. ولو وقفها

على حشمه فهم من في نفقة سوى الوالد والولد، ولو وقفها على حاشيته فهم المتصلون بخدمته.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالتَّسْوِيَةِ بَيْنَ أَهْلِ الْغِنَى وَالْحَاجَةِ)[١]

قال الماوردي: وهذا صحيح. للواقف أن يشرك في وقفه بين الأغنياء والفقراء، وله أن يخص به الفقراء دون الأغنياء، وله أن يخص به الأغنياء دون الفقراء.

ولو قال: وقفت داري على الفقراء من بني تميم، دفع من عليها إلى كل من ادعى الفقر منهم. فإن جهلت حاله ما لم يعلم غناه ولا يكلف البينة على فقره، لأن الأصل في الناس العدم. ولو وقفها على الأغنياء منهم، لم يدفع إلى من ادعى الغنى منهم عند الجهل بحاله، إلا ببينة يشهد له بالغنى، لأنه يدعي حدوث ما لم يعلم.

فصل: فلو وقفها على من استغنى منهم، لم يستلحقها إلا من كان فقيراً، ثم استغنى. فأما من لم يزل غنياً فلا حق له فيها، لأن الاستغناء يقتضي حدوث الغنى، ولا يدفع إلى من ادعى ذلك إلا ببينة.

ولو وقفها على من افتقر، لم يستحقها إلا من كان غنياً ثم افتقر، ولا يدفع إلى من ادعى ذلك إلا ببينة، لأنه يدعي فقراً بعد غنى.

فصل: فلو وقفها على فقر أهله فكان منهم صبي فقير له أب غني، أو امرأة فقيرة لها زوج غني، أو رجل فقير له ابن غني، فكل هؤلاء من الفقراء المستحقين لها. وكذلك لو كان فيهم من لا مال له وهو يشتغل بعمل يديه، كان من فقراء الوقف، وإن لم يكونوا من فقراء الزكوة. ألا ترى أنهم يكفرون بالصيام تكفيرهم الفقراء؟

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمِنْ إِخْرَاجِ مَنْ أَخْرَجَ مِنْهَا بِصِفَةٍ وَرَدِّهُ إِلَيْهَا بِصِفَةٍ)[٢].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وهو على ضربين:

أحدهما: أن يخرج من أخرج منها ويدخل من أدخله فيها بصفة فيشترطها. وإذا وجدت، دخلت فيها بوجود الصفة. وإذا عدمت، خرج منها بعدم الصفة. فهذا جائز، وهو

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٤.

(٢) مختصر المزني: ص ١٣٤.

على شرطه فيه محمول كقوله: وقفتها على أغنياء بني تميم، فمن استغنى من الفقراء أدخل فيه بعد أن كان خارجاً منه، ومن افتقر من الأغنياء خرج منها بعد أن كان داخلاً فيها.

والضرب الثاني: أن يخرج من أخرج منها باختياره، ويدخل من أدخل فيها باختياره، كأنه قال: قد وقفت داري هذه على من شئت، على أن أدخل في الوقت من أشاء، وأخرج منه من أشاء، ففيه وجهان:

أحدهما: جائز، كما لو أدخله بصفة وأخرجه بصفة.

والثاني: هو أصح. لأنه لا يجوز، ويكون الوقف باطلاً، لأنه لا يكون على موصوف ولا معين.

فإذا قيل: لا يجوز، كان الوقف باطلاً إلا أن يجعل آخره على الفقراء، فيكون على القولين.

وإذا قيل: بجوازه، صح إن كان قد سمي فيه عند عقد الوقف قوماً، ثم له يدخل من شاء ويخرج من شاء. وإذا فعل ذلك مرة واحدة، فهل له الزيادة عليها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: ليس له، لأنه قد فعل ما شاء، وله شرطه وقد استقر.

والوجه الثاني: له أن يفعل ذلك مراراً ما عاش وبقي، لعموم الشرط. فإذا مات، فقد تعين على من فيه عند موته من أدخل فيه، فقد استقر دخوله، فلا يجوز أن يخرج منه. ومن أخرج منه، فقد استقر خروجه، ولا يجوز أن يدخل فيه.

فصل: ولو قال: وقفتها على الأرامل، فهم النساء اللاتي لا أزواج لهن، وفي اعتبار فقرهن ما ذكرناه في اليتامى: إن خص أرامل قبيلة لم يراعِ فقرهن، وإن عمَّ وأطلق، ففيه وجهان. وهل يدخل فيهم الرجال الذين لا أزواج لهم؟ على وجهين:

أحدهما: لا يدخلون، اعتباراً بالعرف في الاسم.

والثاني: يدخلون، اعتباراً بحقيقة اللغة، وصريح اللسان، وأن الأرمل الذي لا زوج له من الرجال والنساء. قال الشاعر:

كُلُّ الأَرَامِلِ قَدْ قَضَيْتَ حَاجَتَهَا ... فَمَنْ لِحَاجَةِ هَذَا الأَرْمَلِ الذَّكَرِ

فصل: ومن وقفها على الغلمان، فهم من لم يبلغ من الذكور. ولو وقفها على الجواري، فهم من لم يبلغ من الإناث. ولو وقفها على الفتيان، فهم من قد بلغ وإلى ثلاثين

سنة. وكذا لو وقفها على الشباب، فهم كالفتيان ما بين البلوغ والثلاثين. ولو وقفها على الكهول، فهم من له من بين الثلاثين والأربعين. وقد قيل: في تأويل قوله تعالى: ﴿وَكَهْلًا وَمِنَ الصَّالِحِينَ﴾[1] أنه كان ابن ثلاثين سنة، ولو وقفها فهم من تجاوز الأربعين.

فصل: ولو وقفها على جيرانه، فقد اختلف الناس في الجيران فقال بعضهم: من ليس بينك وبينهم درب يعلق، وقال آخرون: من صلى معك في مسجدك ودخل معك إلى حمامك. وقال آخرون: من كان بينك وبينه أربعون داراً.

ومذهب الشافعي: أنهم من نسبوا إلى سكنى محلتك، وسواء من كان منهم مالكاً أو مستأجراً. ويسوي بين أغنيائهم وفقرائهم وجهاً واحداً، ما لم يميز، لأنه ليس من الشيوع تخصيص الجواز بالفقر.

فصل: ولو وقفها على قراء القرآن، أعطي من قرائه كله، وإن لم يكن حافظاً. ولا يعطي من قرأ بعضه إلا أن يقول: من قرأ قرآناً فيعطي منه من قرأ ولو بعض آية، وهو قدر ما يمنع من الجنب. ولو وقفه على حفاظ القرآن، لم يعط من نسيه بعد حفظه.

فصل: ولو وقفها على العلماء، فهم علماء الدين لأنهم في العرف العلماء على الإطلاق دون القراء وأصحاب الحديث، لأن العلم ما تصرف في معانيه، لا ما كان محفوظ التلاوة.

فصل: ولو وقفها في سبيل الله، فهم الغزاة. ولو وقفها في سبيل الثواب، فهم القرابات فقيرهم وغنيهم. قال النبي ﷺ: «صَدَقَتُكَ عَلَى ذِي رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وَصِلَةٌ».

ولو وقفها في سبيل الخير والبر، فهم سهمان للصدقات، وقيل: يدخل فيهم الضيف، والسائل، والمعير، وفي الحج.

فصل: فلو وقفها على أنه إن احتاج إليها باعها، أو رجع فيها أو أخذ غلتها، فهو وقف باطل.

وأجازه مالك، استدلالاً بقوله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ»[2] فكان علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقف وكتباً: «هذا ما وقفه علي بن أبي طالب وقف عين إبيَ ابتغاء ثواب الله وليدفع الله بها عن وجهه حرَّ جهنم، على أنه متى احتاج الحسن أو الحسين إلى

---

(١) سورة آل عمران، الآية: ٤٦.

(٢) سبق تخريجه.

بيعها بدين أو نيابة، فلهما بيع ما رأياه منها»، فاحتاج الحسن إلى بيعها لدينٍ ثم ذكر قوله: «ليدفع الله بها عن وجهه حرَّ جهنم» فامتنع.

والدلالة على بطلان الوقف قوله ﷺ «حبِّس الأصل وسبِّل الثمرة» ولأن الشروط المنافية للعقود مبطلة لها إذا اقترنت بها، كالشروط المبطلة كسائر العقود. ولأنه لم يؤبد الوقف ولا حرمه، فلم يصح كالقدر إلى وقت، بل هذا أفسد لأنه بموته أجهل.

فأما علي رضي الله عنه إن صح ما ذكر فيه، فمحمول على بيع ما رأياه من غلته لا من أصله. وحكى ابن سريج في هذا الوقف وجهاً آخر: إن الشرط باطل، والوقف جائز، وليس له بيعه أبداً.

فصل: فإذا وقفها على زيد وعمرو، على أن لزيد منها النصف، ولعمرو منها الثلث، كانت بينهما على خمسة أسهم، ويرجع السدس الفاضل عليهما بالرد، فيكون لزيد ثلاثة أخماسها، ولعمرو خمسيها. ولو وقفها على أن لزيد نصفها ولعمرو ثلثها، ولم يقل في أصل الوقف إنها عليهما، كان لكل واحد منهما ما سمي له، وكان السدس الفاضل إذا صح الوقف فيه للفقراء والمساكين، ولا يرجع عليهما.

ولو وقفها على أن لزيد نصفها ولعمرو ثلثها، قسمت بينهما على أربعة أسهم، فيكون لزيد منها ثلاثة أسهم، ولعمرو سهم. فلو وقفها على زيد، ثم على عمرو، ثم على بكر، ثم على الفقراء والمساكين، يقسم بينهم على شرطه: فكانت لزيد فإذا مات فلعمرو، فإذا مات فلبكر، فإذا مات فللفقراء، فإذا مات عمرو قبل زيد ثم مات زيد فلا حق فيها لبكر وكانت للفقراء والمساكين؛ لأن بكراً رتّب بعد عمرو وجعل له ما كان لعمرو، وعمرو بموته قبل زيد لم يستحق فيه شيئاً، فلم يجز أن يملك بكر عنه شيئاً.

فصل: الولاية على الوقف مستحقة، فإن شرطها الواقف في وقفها كانت لمن شرطها له، سواء شرطها لنفسه أو لغيره. وإن أغفل اشتراطها، ففيه ثلاثة أوجه ذكرناها من قبل.

أحدها: أنها للواقف، استصحاباً بما كان عليه من استحقاقها على ملكه، واستشهاداً بولاء عتقه.

والوجه الثاني: للموقف عليه، إلحاقاً بملك المنافع، وتغليباً لحكم الأخص.

والوجه الثالث: أنها للحاكم، وله ردها إلى من شاء لعموم ولايته ولزوم نظره. فعلى هذا، لو أن الواقف جعلها للأفضل والأفضل من بيته، كانت لأفضلهم. فلو استقرت له

فحدث فيهم من هو أفضل، لم ينتقل وإنما يراعي الأفضل فيهم عند استحقاق الولاية، إلا أن يتغير حال الفاضل فيصير مفضولاً فتنتقل الولاية إلى من هو أفضل منه. فلو جعلها للأفضل من ولده، فهل يراعي الأفضل من البنين والبنات، أم يراعي الأفضل من البنين دون البنات؟ على وجهين:

أحدهما: يراعي أفضل الفريقين، لأن كلهم ولد.

والثاني: يراعي أفضل البنين دون البنات، لأن الذكور أفضل من الإناث.

فلو جعلها لإبنين من أفاضل ولده، فلم يكن فيهم من ينطلق عليه هذه الصفة إلا واحداً، لم يقتصر على نظره وحده، وضم الحاكم إليه أميناً من غيره ولده، لأن الواقف لم يرضى بأمانة واحدة. ولو لم يكن منهم مستحق لها، اختار الحاكم أمينين يكونا واليين. وهكذا لو كان منهم فاضلان فلم يقبلا الولاية، اختار للولاية غيرهما. فإن طلبا الولاية بعد ردها لهما، فإن لم يكونا من أهل الوقف بطلت ولايتهما بالرد، ولم يعد إليهما بالطلب كالوصية. وإن كانا من أهله، فعلى وجهين من اختلافهم لو لم يكن في الولاية شرط: هل يكون الموقف عليه بالولاية أحق؟:

أحدهما: قد بطلت ولايتهما إذا قيل: إنها مع عدم الشرط بغيرهما.

والثاني: هما أحق بها إذا قيل: لو لم يكن شرط أنها لهما.

فصل: فإذا اختلف أرباب الوقف في شرطه وتنازعوا في ترتيب أو تفاضل ولا بينة لبعضهم على بعض، اشتركوا جميعاً فيه بالسوية من غير ترتيب ولا تفاضل، وإن طلب بعضهم أيمان بعض لزمت. فلو كان الواقف حياً، كان قوله فيه مقبولاً ولا يمين عليه. ولو مات وكان وارثه باقياً، كان قول وارثه فيه مقبولاً.

فلو لم يكن واقف ولا وارث، وكان والٍ عليه، نظر في ولايته: فإن كانت من قبل حاكم، لم يرجع إلى قوله في شركاء الوقف. وإن كان من قبل الواقف، رجع إلى قوله في شروطه عند اختلاف أهله. فلو اختلف الوالي عليه والوارث، فأيهما أحق بالرجوع إلى قوله؟ على وجيهن:

أحدهما: الوارث، لأنه يقوم مقام الواقف.

والثاني: الوالي، لأنه أخص بالنظر. فلو جعل الواقف للوالي عليه جعلاً وكان أكبر من أجرة مثله صح، وكان له ما سمي من أجل العلة والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: ((وَمِنْهَا): فِي الحَيَاةِ الهِبَاتُ وَالصَّدَقَاتُ غَيْرُ المُحَرَّمَاتِ، وَلَهُ إِبْطَالُ ذَلِكَ مَا لَمْ يَقْبِضْهَا المُتَصَدَّقُ عَلَيْهِ وَالمَوْهُوبُ لَهُ، فَإِنْ قَبَضَهَا أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ بِأَمْرِهِ فَهِيَ لَهُ)[١].

قال الماوردي: وقد مضى الكلام في الأوقاف، وسنذكر أحكام الهبات وهي من العطايا الجائزة بدليل الكتاب، والسنة، والاجماع.

قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾[٢] والهبة: بر: وقال تعالى: ﴿وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ﴾[٣] الآية يعنى به: الهبة والصدقة.

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ لَقَبِلْتُ، وَلَوْ دُعِيتُ إِلَى كِرَاعٍ لأَجَبْتُ»[٤].

وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «تَهَادُوا تَحَابُّوا»[٥].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّنَا نَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَنُكَافِىءُ عَلَيْهَا»[٦] وأجمع المسلمون على إباحتها، وقيل: إن الهدية مشتقة من الهداية، لأنه أهتدى بها إلى الخير والتآلف.

فصل: وإذا تقرر إباحة الهبة بما ذكرنا، فتكون بخمسة أشياء: بموهوب، وواهب، وموهوب له، وعقد، وقبض.

وأما الشيء الموهوب: فهو كل شيء صح بيعه جازت هبته، وذلك ما اجتمعت عليه أربعة أوصاف: أن يكون مملوكاً، وإن كان غير مملوك من وقف، أو طلق، لم يجز.

وأن يكون معلوماً عليه أربعة أوصاف: أن يكون مملوكاً، وإن كان غير مملوك من وقف أو طلق لم يجز، وأن يكون معلوماً فإن كان مجهولاً لم يجز، وأن يكون حاضراً فإن كان غائبًا لم يجز لا يمنع من نقل ملكه مانع. فإن منع منه مانع كالمرهون وأم الولد،

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٤.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٢.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٧٧.

(٤) حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري في الهبة (٢٥٦٨) والنكاح (٥١٧٨) والبيهقي ٦/١٦٩) وأحمد ٢/ ٤٢٤ والبغوي (١٦٠٩) في حديث أنس عند الترمذي (١٣٣٨) والبيهقي ٦/ ١٦٩.

(٥) حديث عائشة: أخرجه البيهقي ٦/ ١٦٩.

(٦) حديث عائشة: أخرجه البخاري في الهبة (٢٥٨٥) بلفظ: «كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها».

لم يجز. فهذا حكم الموهوب، ولا فرق بين المحوز والمشاع، سواء كان مما ينقسم ولا ينقسم.

وقال أبو حنيفة: هبة المشاع الذي لا ينقسم جائزه، والمشاع الذي ينقسم باطلة.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَرِيئاً﴾[1] ولأن كل ما جاز بيعه جازت هبته كالمحوز.

فصل: وأما الواهب: فهو كل مالك جائز التصرف. فإن كان غير مالك كالغاصب، لم يجز. وإن كان مالكاً عنه جائز التصرف كالسفيه والمولى عليه، لم يجز. وإن كان محجوراً عليه بالفلس، فعلى قولين.

فصل: وأما الموهوب له: فهو من صح أن يحكم له بالملك، صح أن يكون موهوباً له من صغير وكبير، ومجنون ورشيد. فأما من لا يصح أن يحكم له بالملك، كالحمل والبهيمة. ولا يصح أن يكون موهوباً له. فأما العبد، ففي صحة كونه موهوباً قولان من اختلاف قوليه: هل يملك إذا ملك أم لا؟.

فصل: فأما العقد: فهو بدل من الواهب، وقبول من الموهوب له، أو من يقوم فيه من ولي ووكيل. فإذا قال الواهب: قد وهبت، فتمامه أن يقول الموهوب على الفور: قد قبلت. فإن لم يقبل لم يتم العقد.

وقال الحسن البصري: القبول غير معتبر في عقد الهبة كالعتق، وهو قول شذ به عن الجماعة، وخالف به الكافة إلا أن يريد به الهدايا، فللهدية في القبول حكم يخالف قبول الهبات نحن نذكره من بعد.

والدليل على أن عقد الهبة لا يتم إلا بالقبول: **«أن النبي ﷺ أهدى إلى النجاشي مسكاً فمات النجاشي قبل وصول المسك إليه، فعاد المسك إليه فقسمه بين نسائه»**[2] ولو صار المسك للنجاشي لما استحل ذلك ولأوصله إلى وارثه. ولأنه تمليك تام ينتقل عن حي، فافتقر إلى قبول كالبيع، وفارق العتق من حيث أن المعتق لو ورد العتق لم يبطل، والموهوب له لو ورد الهبة بطلت، فلذلك ما افتقرت الهبة إلى قبول، ولم يفتقر العتق إلى قبول.

---

(١) سورة النساء، الآية: ٤.

(٢) سبق تخريجه. وهو عند البيهقي ٦/ ٢٦ وأحمد ٦/ ٤٠٤.

فعلى هذا، لو قال: قد وهبت لك عبدي هذا إن شئت، فقال: قد شئت، لم يكن قبولاً حتى يقول: قد قبلت، فيصح العقد، وإن كان معلقاً بمشيئته، لأنها إنما تكون هبة له إن شاءها.

ولو قال الموهوب له: قد قبلته، إن شئت، لم يصح، لأن قبول الهبة إنما يكون إلى مشيئة القابل دون الباذل. فلو ابتدأ الموهوب به فقال: هب لي عبدك إن شئت، فقال: قد شئت، لم يكن ذلك بدلاً حتى يقول: قد وهبت. فلو قال: قد وهبت إن شئت، لم يجز لأن بذل الهبة إنما يكون إلى مشيئة الواهب دون الموهوب له.

فصل: وأماالقبض فهو من تمام الهبة، لا تملك إلا به، وهو قول أهل العراق.

وقال مالك وداود: الهبة تتم بالعقد، ويؤخذ الواهب جبراً بالقبض، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [١] وبما روى ابن عباس عن النبي ﷺأنه قال: «الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ» [٢].

قالوا: ولأنها عطية، فوجب أن لا تفتقر إلى قبض كالوصية.

ودليلنا: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حِينَ أَهْدَى إِلَى النَّجَاشِي ثَلَاثِينَ أُوقِيَّةً مِسْكاً قَالَ لأُمِّ سَلَمَةَ: إِنَّ النَّجَاشِي قَدْ مَاتَ وَسَيُرَدُّ عَلَيَّ فأعطيكِ، فَلَمَّا رُدَّ عَلَيْهِ أَعْطَى كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْ نِسَائِهِ أُوقِيَّةً، وَدَفَعَ بَاقِيهِ إِلَى أُمِّ سَلَمَةَ» فلولا أن بالقبض يملك لما استجاز رسول الله ﷺ أن يتملكه ويتصرف فيه.

وروى الزهري، عن عروة، عن عائشة رضي الله عنها: «أَنَّ أَبَاهَا نَحَلَهَا جِدَادَ عِشْرِينَ وسْقاً مِنْ مَالِهِ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ جَلَسَ فَتَشَهَّدَ وَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ ثُمَّ قَالَ: أَمَّا بَعْدُ فَإِنَّ أَحَبَّ النَّاس غِنىً بعدي لأَنْتِ، وَإِنَّ أَعَزَّ النَّاس فَقْراً بَعْدِي لأَنْتِ، وَإِنِّي قَدْ نَحَلْتُكِ جِدَادَ عِشْرِينَ وُسْقاً مِنْ مَالِي، وَوَدِدْتُ لَوْ كُنْتِ حِزْتِيهِ، وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ الْوَارِثِ، وَإِنَّمَا هُوَ أَخَوَاكِ وأُخْتَاكِ، قَالَتْ: هَذَا أَخَوَايَ، فَمَنْ أُخْتَايَ؟ قَالَ ذُو بَطْنِ ابْنَةِ خَارِجَةَ فَإِنِّي أَظُنُّهَا جَارِيَةً قَالَتْ: لَوْ كَنَ مَا بَيْنَ كَذَا وَكَذَا لَرَدَدْتُهُ» [٣] فدل ذلك من قوله على أن الهبة لا تتم إلا بالقبض.

---

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

(٢) حديث ابن عباس: أخرجه البخاري في الهبة (٢٦٢١) (٢٦٢٢) (٦٩٧٥) ومسلم (١٦٢٢) (٧) والثاني ٦/ ٢٦٦ وابن ماجة (٢٣٨٥) وأبو داود (٣٥٣٨) والبيهقي ٦/ ١٨٠ وأحمد ١/ ٢٨٠ والبغوي (٢٢٠٠).

(٣) أخرجه الشافعي في الأم: ٤/ ٦٢ والبيهقي ٦/ ١٧٠.

وروي أن عمر رضي الله عنه قال: «مَا لِي أَرَاكُمْ تُنْحِلُونَ لَا نَحْلِ إِلَّا مَا أَجَازَهُ الْمَنْحُولُ»[١] ولا مخالف لهما في الصحابة. ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول، فوجب أن يفتقر إلى القبض كالقرض. ولأنه عقد لا يلزم الوارث إلا بالقبض، فوجب أن لا يلزم الموروث إلا بالقبض، كالرهن طرداً والبيع عكساً.

وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[٢] فهو: أن المراد به لازم العقود، ولزوم الهبة ركوب بالقبض لا بالعقد.

وقوله ﷺ: «الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ» محمول على ما بعد القبض.

وأما قياسهم على الوصية، فالمعنى في الوصية: أنها لما لزمت الوارث لزمت الموروث، والهبة قبل القبض لما لم تلزم الوارث لم تلزم الموروث.

فصل: فإذا ثبت أن القبض شرط في لزوم الهبة فهو مختلف بحسب اختلاف المقبوضات، فكل ما كان قبضاً في البيع كان قبضاً في الهبة. إلا أن في البيع لو قبض ما دفع ثمنه بغير إذن بائعه صح في الهبة، ولو قبضها بغير إذن الواهب لم تصح.

والفرق بينهما: أن الرضى غير معتبر في قبض البيع فصح، وإن كان بغير إذنه. والرضى معتبر في قبض البيع فصح، وإن كان بغير إذنه. والرضى معتبر في قبض الهبة، فلم يصح إلا بإذنه.

فلو كان الشيء الموهوب في يد الموهوب له، فلا بد أن يمضي عليه بعد عقد الهبة زمان القبض، وهل يحتاج أن يأذن له فيه أم لا؟

قال الشافعي: تمت الهبة بالعقد، ومضى زمان القبض ولم يفتقر إلى إذن بالقبض. وقال في الرهن: إذا كان في يد المرتهن أنه لا بد أن يأذن له في القبض، فكان أكثر أصحابنا ينقلون جواب كل من المسألتين إلى الأخرى ويخرجونها على قولين:

أحدهما: لا يحتاج فيهما إلى إذن بالقبض، على ما نص عليه في الهبة، ويكون العقد فيهما إذناً بقبضهما.

والقول الثاني: لا بد فيهما من الإذن بالقبض، على ما نص عليه في الرهن.

---

(١) البيهقي: ٦/ ١٧٠.

(٢) سورة المائدة، الآية: ١.

وقال بعض أصحابنا: ليس ذلك على قولين، بل الجواب على ظاهره في الموضعين يحتاج في الرهن إلى إذن بالقبض، ولا يحتاج في الهبة إلى إذن بالقبض.

والفرق بينهما: أن الهبة تزيل الملك فقوي أمرها فلم تحتج في الهبة إلى إذن بالقبض، والرهن أضعف منها لأنه لا يزيل الملك وافتقر إلى إذن بالقبض.

فصل: وليس من شرط القبض أن يكون على الفور، بل إن كان على التراخي ولو بعد طويل الزمان جاز. فإذا قبض الهبة، ففيما استقر به ملكها قولان:

أحدهما: أن القبض هو الملك. فعلى هذا، لو حدث من الشيء الموهوب نماء كثمرة نخل ونتاج ماشية، فهو للواهب دون الموهوب.

والقول الثاني: أن القبض يدل على تقدم الملك بالعقد. فعلى هذا، يكون ما حدث من النماء ملكاً للموهوب له دون الواهب. فإن كان الواهب قد استهلكه قبل تسليم الأصل، لم يضمنه ويكون استهلاكه رجوعاً فيه، إذ لو كان هبة ولو استهلكه وقد حدث بعد تسليم الأصل ضمنه.

فصل: فأما الهدايا فهي مخالفة للهبات في حكمها، لأن في الهبة عقداً بالقول يفتقر إلى بدل وقبول، وليس في الهبة عقد يفتقر إلى بدل وقبول؛ بل إذا دفعها المهدي إلى المهدى إليه فقبلها منه بالرضى والعقد، فقد ملكها.

وهكذا لو أرسلها المهدي مع رسوله، جاز للمهدى إليه إذا وقع في نفسه صدق الرسول أن يقبلها، فإذا أخذها من الرسول أو أذن لغلامه في أخذها من الرسول، أو قال للرسول: ضعها موضعها، استقر ملك المهدى إليه الهبة.

فلو قال المرسل: لم أنفذها هدية وكذب للرسول بل أنفذتها وديعة، فالقول قوله مع يمينه، وهي باقية على ملكه.

والهدايا تختص بالمأكولات وما أشبهها، والهبات فيما زاد عليها. والعرف في ذلك قوي شاهد، وأظهر دليل. فإن كانت الهدية في ظرف، فإن كان الظرف مما لم تجر به العادة باسترجاعه مثل قواصر التمر والفواكه وقوارير ماء الورد والأزهار إذا كانت سقفاً، فهي مملوكة مع الهدية، لأن العرف لم يجز باسترجاعها. وإن كانت الظروف كالطيافير المدهونة، والغضار والزجاج المحكم وما شاكله مما جرى العرف باسترجاعه، فهو غير

مملوك مع الهدية؛ وللمهدي بعد إرسال الهدية أن يسترجعها ما لم تصل إلى المهدى إليه؛ فإن النبي ﷺ رجعت إليه هديته إلى النجاشي قبل وصولها إليه، فملكها.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَيَقْبِضُ لِلطِّفْلِ أَبُوهُ، نَحَلَ أَبُو بَكْرٍ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا جِدَادَ عِشْرِينَ وُسْقاً، فَلَمَّا مَرِضَ قَالَ: وَدِدْتُ أَنَّكِ كُنْتِ قَبَضْتِيهِ، وَهُوَ اليَوْمَ مَالُ الوَارِثِ (وَمِنْهَا) بَعْدَ الوَفَاةِ الوَصَايَا، وَلَهُ إِبْطَالُهَا مَا لَمْ يَمُتْ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. تجوز الهبة لكل من صح منه الملك من طفل أو مجنون أو سفيه. إلا أن السفيه يصح أن يقبل الهدية، والطفل والمجنون لا يصح منهما قبول الهدية. لأن لقول السفيه حكماً، وليس لقول الطفل والمجنون حكم.

وإذا كان هكذا، فالقابل للطفل والمجنون وليهما من أب أو وصي أو أمين حاكم وهو القابض لهما بعد القبول، وأما السفيه فهو العائل ووليه هو القابض؛ فإن قبضها السفيه تمت الهبة أيضاً؛ ولو قبضها الطفل والمجنون لم تتم الهبة.

والفرق بينهما ظاهر، فإن كان الواهب للطفل أبوه فهل يحتاج في عقد الهبة إلى لفظ بالبدل والقبول أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يحتاج إليه، بل ينوى به، لأنه يكون مخاطباً نفسه.

والوجه الثاني: لا يريد من عقد بالقبول، فيبذل من نفسه لابنه بنفسه، فيكون في البذل والاقباض نائباً عن نفسه، وفي القبول والقبض نائباً عن ابنه.

فأما أمين الحاكم، فلا يصح ذلك منه إلا أن يقبله منه قابل ويقبضه منه قابض؛ وكذلك وصي الأب، وهما معاً بخلاف الأب كما خالفاه في بيعه وشرائه.

فصل: قال الشافعي رحمه الله: ومنها بعد الوفاة الوصايا، وله إبطالها ما لم يثبت. وهذا صحيح، لأن الشافعي قسم العطايا ثلاثة أقسام في الحياة، منها قسمان: الوقف، والهبة. وبعدالموت قسم وهو: الوصايا.

قد ذكرنا الوصايا، وإن أفرد لها كتاباً لاقتضى التسليم لها، وهي مخالفة للهبات من أربعة أوجه، وإن جاز بيعها في سائر الأحكام:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٤.

أحدهـا: أن الهبة عطية ناجزة، والوصية عطية متراخية بعد الموت.

والثاني: جواز الوصية بالمجهول وما لم يملك، وبطلان الهبة بذلك.

والثالث: جواز الوصية لمن ليس بمالك في الحال من حمل ومتبطر، وبطلان الهبة كذلك.

والرابع: تمام الوصية بالقبول دون القبض، وتمام الهبة بالقبض. فهذه أربعة.

وخامس: مختلف فيه: وهو: المكافاة، لا تستحق في الوصية، وفي استحقاقها في الهبة قولان نذكرهما من بعد إن شاء الله عز وجل.

باب العمرى والرقبى

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ، عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ، عَنْ طَاوُسَ، عَنْ حجرٍ المدريِّ عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «أَنَّهُ جَعَلَ الْعُمْرَىٰ لِلْوَارِثِ» وَمِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لاَ تُعْمِرُوا وَلاَ تُرْقِبُوا فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً أَوْ أَرْقَبَهُ فَهُوَ سَبِيلُ الْمِيرَاثِ». قَالَ الشَّافِعِي رَحِمَهُ اللَّهُ: وَهُوَ قَوْلُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ، وَجَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، وَابْنِ عُمَرَ، وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ، وَعُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَبِهِ أَقُولُ)[١].

قال الماوردي: اعلم أن العمرى والرقبى عطيتان من عطايا الجاهلية، ورد الشرع فيهما بأمر ونهي، واختلف الفقهاء لأجلهما وفي الذي أريد بهما.

أما العمرى فهو أن يقول: جعلت داري هذه لك عمرى، أو يقول: قد جعلتها لك عمرك أو مدة حياتك، فيكون له مدة حياته وعمره. فإذا مات رجعت إلى المعمر إن كان حياً، أو إلى وارثه إن كان ميتاً. سميت عمرى: لتملكه إياها مدة عمره وحياته، وإذا مات رجعت إلى المعمر، ومنه قوله تعالى: ﴿هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾[٢] يعني: أسكنكم فيها مدة أعماركم، فصرتم عمارها.

وأما الرقبى فهو أن يقول: قد جعلت داري هذه لك رقبى، يعني: إنك ترقبني

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٤ والأم ٤/ ٦٣ ـ ٦٤ وتتمة المسألة «(قال المزني) رحمه الله: معنى قول الشافعي عندي في العمرى، أن يقول الرجل: قد جعلت داري هذه لك عمرك أو حياتك، أو جعلتها لك عمري أو رقبي، ويدفعها إليه، فهي ملك للمعمر تورث عنه إن مات». وحديث زيد بن ثابت: أخرجه أبو داود في البيوع (٣٥٥٩): والنسائي ٦/ ٢٧٠ وابن ماجة (٢٣٨١)، والبيهقي ٦/ ١٧٤ ـ ١٧٥ وأحمد ٥/ ١٨٢ وعبد الرزاق (١٦٨٧٣) و (١٦٨٧٤) والأم ٤/ ٦٤. أما حديث جابر: فأخرجه الشافعي في الأم ٤/ ٦٤ من طريق سفيان بن عيينة، عن ابن جريج، عن عطاء بن أبي رباح، عن جابر مرفوعاً وفي مسنده ٢/ ١٦٨ وأبو داود (٣٥٥٦) و (٣٥٥٧) والنسائي ٦/ ٢٧٤ ـ ٢٧٥ والبيهقي ٦/ ١٧٣ ـ ١٧٤ وأحمد ٣/ ٣٨١.

(٢) سورة هود، الآية: ٦١.

وأرقبك، وإن مت قبلي رجعت إليّ، وإن مت قبلك فالدار لك، فسميت رقبى من مراقبة كل واحد منهما لصاحبه.

وكان الناس في الجاهلية على ما وصفنا في العمرى والرقبى، إلى أن جاء ما رواه الشافعي بإسناده في أول الكتاب، فاختلف الفقهاء في الرقبى والعمرى.

فذهب داود وأهل الظاهر، وطائفة من أصحاب الحديث: إلى بطلانها، استدلالاً بعموم النهي.

وذهب الشافعي، ومالك، وأبو حنيفة وصاحباه: إلى جوازها على ما سنذكره استدلالاً برواية قتادة عن عطاء عن جابر عن النبي ﷺ قال: «الْعُمْرَى جَائِزَةٌ»[1].

وروى الشافعي عن عبد الوهاب، عن هشام، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، عن جابر عن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «الْعُمْرَى لِمَنْ وَهَبَ»[2]. فأما قوله: «لاَ تُعْمِرُوا وَلاَ تَرْقُبُوا»[3] فقد اختلف أصحابنا إلى ماذا يوجه النهي؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يوجه إلى الحكم، وهذا أظهر الوجهين فيه. لأنه قال: «فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً أَوْ أَرْقَبَهُ فَهُوَ سَبِيلُ الْمِيرَاثِ».

والوجه الثاني: أنه يوجه إلى اللفظ الجاهلي، والحكم المنسوخ على ما سنشرحه من بعد.

فصل: فإذا صح في الجملة جواز العمرى، فقد اختلفوا: هل يتوجه التمليك فيها إلى الرقبة أم المنفعة؟ على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف: التمليك فيها يتوجه إلى الرقبة كالهبات.

والمذهب الثاني: وهو قول مالك: إن التمليك فيها متوجه إلى المنفعة والرقبة.

---

(١) حديث جابر: أخرجه البخاري في الهبة (٢٦٢٦) ومسلم في الهبات (١٦٢٥) (٣٠) والنسائي ٦/ ٢٧٨ وأحمد ٣/ ٢٩٧ والبيهقي ٦/ ١٧٣ ـ ١٧٤.

(٢) حديث جابر: أخرجه البخاري في الهبة (٢٦٢٥). وأخرجه مسلم في الهبات (١٦٢٥) (٢٥) والنسائي ٦/ ٢٧٧.

وأبو داود (٣٥٥٠) والبيهقي ٦/ ١٧٣ وأحمد ٣/ ٣٩٣.

(٣) حديث جابر: «لا ترقبوا ولا تعمروا، فمن أرقب شيئاً أو أعمره فهو لورثته» سبق تخريجه.

والمذهب الثالث: وهو قول أبي حنيفة ومالك: أن التمليك في العمرى يتوجه إلى الرقبة، وفي العمرى متوجه إلى المنفعة.

والدليل على أنه تمليك بهما معاً الرقبة: ما رواه الشافعي عن مالك، عن ابن شهاب، عن أبي سلمة عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمْرَى لَهُ وَلِعَقِبِهِ فَإِنَّهُ لِلَّذِي يُعْطَاهَا لاَ يَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أَعْطَاهَا» لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث. وما رواه الشافعي في صدر الباب عن زيد بن ثابت: أن النبي ﷺ «جَعَلَ الْعَمْرَى لِلْوَارِثِ» ولأن لفظ العمرى والرقبى في قولهم: قد جعلت داري هذه لك عمرى أو رقبى، متوجه إلى الرقبى لوقوع الإشارة إليها، وتعلق الحكم بها، فوجب أن يتوجه التمليك إليها.

فصل: فإذا صح ما ذكرنا أن العمرى والرقبى يملك بهما، فسنشرح المذهب فيها، ونبدأ بالعمرى منهما. وللمعمر في العمرى ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقول: قد جعلتها لك عمرك.

والثاني: أن يقول: قد جعلتها لك عمري.

والثالث: أن يقول قد جعلتها لك عمري أنا.

فأما الحال الأولى وهو أن يقول: قد جعلتها لك عمرك أو حياتك، فلا يخلو في ذلك من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقول: قد جعلتها لك عمرك ولعقبك من بعدك، أو لورثتك بعدك، فهذه عطية جائزة وتمليك صحيح قد ملكها المعمر ملكاً تاماً، ثم صارت لورثته من بعده هبة ناجزة وملكاً صحيحاً. وتمامها بعد عقد العمرى بالقبض الذي به تتم الهبات، وليس للمعطي بعد الإقباض الرجوع فيها، وإن كان قبله مخيراً.

والقسم الثاني: أن يقول: قد جعلتها لك مدة عمرك على أنك إذا مت عادت إليّ إن كنت حياً، أو إلى ورثتي إن كنت ميتاً. فهذه عطية وتمليك فاسد، لأن تمليك الأعياد لا يصح أن يتقدر بمدة، ولا يجوز أن يجعل على التأبيد؛ لما كان الشرط يقتضي أن يكون فاسداً. ثم هي على ملك المعطي سواء أقبض أو لم يقبض، وله استرجاعها. وإن تصرف فيها المعطى، أو لا، يرجع عليه بأجرها مدة تصرفه فيها، لأنه قد أباحه إياها.

والقسم الثالث: أن يقول: قد جعلتها لك مدة عمرك، ولا يشترط أن يرجع إليه بعد

موته كما ذكرنا في القسم الثاني، ولأن يكون له ولورثته كما ذكرنا في القسم الأول ففيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم، رواه الزعفراني عنه: إنه عطية باطلة لتقديرها بمدة الحياة، ولأن جابراً روى أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عمرى لَهُ وَلِعَقِبِهِ»[١] فإنها للذي يعطاها لا يرجع إلى الذي أعطاها، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث، فجعل صحيح العطية بأن يجعله له ولعقبه. فإذا لم يجعلها لعقبه لم يصح. ولأنه تمليك عين قدر بمدة، فوجب أن يكون باطلاً كما لو قال: بعتك داري هذه عمرك، ولأنها عمري مقدرة، فوجب أن تكون باطلة؛ كما لو قال: قد أعمرتكها سنة، ولأنه إذا جعلها له مدة عمره فقد يحتمل أن يريد الرجوع إليه بعد موته فيبطل، ويحتمل أن يريد أن يورث عنه فيصح، فلم يجز أن يحمل على الصحة مع الاحتمال الفاسد.

والقول الثاني: وهو الصحيح وبه قال في الجديد وأكثر القديم: إنها عطية جائزة وتمليك صحيح يكون للمعطي في حياته، ثم لورثته بعد وفاته بقوله ﷺ: «لاَ تُعْمِرُوا وَلاَ تُرْقِبُوا فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً أَوْ أَرْقَبَهُ فَهُوَ سَبِيلُ الْمِيرَاثِ»[٢] ولرواية زيد أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «جَعَلَ الْعُمْرَى لِلْوَارِثِ»[٣] ولما روي أَنَّ رَجُلاً مِنَ الأَنْصَارِ أَعْمَرَ أُمَّهُ عَبْداً، فَلَمَّا تُوُفِّيَتْ نَازَعَهُ الْوَرَثَةُ فِيهِ فَقَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِهِ مِيرَاثاً فَقَالَ الرَّجُلُ: يَارَسُولَ اللَّهِ إِنَّمَا جَعَلْتُهُ لَهَا عُمْرَهَا فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «فَذَلِكَ أَبْعَدُ لَكَ»[٤].

ولأن الاملاك المستقرة إنما يتقدر زمانها بحياة المالك، ثم تنتقل بعد موته إلى ورثة المالك، فلم يكن ما جعله له من الملك مدة حياته منافياً لحكم الأملاك. وإذا لم تنافه

---

(١) حديث جابر: «أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبة. فإنها للذي أعطيها لا ترجع إلى الذي أعطاها، لأنه أعطى عطاءً وقعت فيه المواريث» عند مسلم (١٦٢٥) (٢٠) و (٢١) بلفظ: «من أعمر رجلاً عمرى له ولعقبه، فقد قطع قوله حقّه فيها، وهي لمن أعمر ولعقبه» و (٢٢) و (٢٣) و (٢٤) و (٢٥).
أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٧٥٦ وأبو داود (٣٥٥٣) والترمذي (١٣٥٠) والنسائي ٦/ ٢٧٥) والبيهقي ٦/ ١٧٢ والبغوي (٢١٩٦).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) أخرجه البيهقي من حديث جابر ٦/ ١٧٤ وأخرجه أبو داود في البيوع (٣٥٥٧) بلفظ: قضى رسول الله ﷺ في امرأة من الأنصار أعطاها ابنها حديقة من نخل، فماتت، فقال ابنها: إنما أعطيتها حياتها، وله إخوة، فقال رسول الله ﷺ: هي لها حياتها وموتها، قال: كنت تصدقت بها عليها، فقال: ذلك أبعد لك.

اقتضى أن يصح، وإذا صح اقتضى أن يكون موروثاً. فأما البيع إذا قال: بعتكها مدة حياتك، فهو باطل.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: وهو فرق ابن سريج على هذا الشرط يقتضي فسخاً منتظراً، والبيع إذا كان فيه فسخ منتظر بطل، والهبة إذا كان فيها فسخ منتظر لم تبطل كهبة الأب، فلذلك بطل البيع بهذا الشرط ولم يبطل العمرى بهذا الشرط.

والفرق الثاني: وهو فرق أبي إسحاق المروزي: أن شروط البيع تقابل جزءاً من الثمن فإذا بطلت سقط ما قبلها منه، فأفضى إلى جهالة الثمن. فلذلك بطل البيع بهذا الشرط، وليس في العمرى ثمن يفضي هذا الشرط إلى جهالته، فلذلك صحت مع الشروط.

فأما رواية جابر: «أنَّه أعمر عمرى له ولعقبه» مع باقي الروايات المطلقة التي هي على العموم، إذ ليس تتنافى في ذلك. فإذا قلنا بقوله في القديم: أن التمليك للرقبة لا يصح، فإن الميراث فيها لا يستحق، فقد اختلف أصحابنا على هذا القول: هل يملك المعمر المعطي الانتفاع بها مدة حياته، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنه قد ملك الانتفاع بها مدة حياته، وهذا مذهب مالك.

والوجه الثاني: وهو الصحيح: إنه لا يملك الانتفاع بها، لأن التمليك متوجه إلى الرقبة بما ذكرناه، وإذا بطل لم يجز أن ينتقل إلى ملك المنفعة كالبيع الفاسد. فعلى هذا الوجه، لو تصرف فيها المعطي وانتفع لم يكن عليه أجرة، لأنها مباحة له. ولأن كل ما لا يضمن بالعقد الصحيح، لا يضمن بالعقد الفاسد. ولكن لو تلفت في يده، فإن كان تلفها من غير فعله لم يضمن لما ذكرنا، وإن كان تلفها بفعله ضمنها لأنه عدوان، وهو غير مالك لها. فهذا حكم قوله: «قد جعلتها لك مدة عمرك».

وإن قلنا بقوله في الجديد: إن العطية صحيحة وأن العمرى موروثة، فلا رجعة للمعمر المعطي فيها بعد القبض.

فصل: **فأما الحال الثانية**: وهو أن يقول: قد جعلتها لك عمرى، إشارة إلى عقد العمرى من غير أن يقدر ذلك بعمر أحد، ففيها قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم: إنها باطلة، للنهي عنها، ولا يملك بها المعمر المعطي المنفعة مدة حياته، كما لا يملك لرقبته وجهاً واحداً. لأننا قد دللنا على أن التمليك بالعمرى متوجه إلى الرقبة، فإذا بطل لم يملك بها، المقصود بها غير أنه لم يضمن الأجرة إن سكن أو تصرف. فلو كانت العمرى نخلاً فأثمرت، لم يملك الثمرة. ولو كانت شاة فنتجت، لم يملك الولد. فإن تلفت الثمرة في يده وهلك الولد، فإن كان بغير فعله لم يضمن، وإن كانت بفعله ضمن.

والقول الثاني: وهو قوله في الجديد: إنها جائزة، وهي ملك له في حياته ثم لورثته بعد وفاته، لرواية أبي سلمة عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى فَهِيَ لَهُ وَلِعَقِبِهِ يَرِثُهَا مَنْ يَرِثُهُ مِنْ عِقَبِهِ»[1].

فصل: وأما الحال الثالثة: وهو أن يقول: قد جعلتها لك مدة عمري، أو جعلتها عمر زيد، والحكم فيهما واحد والمذهب: أنها عطية باطلة، لأنه لا يملكه إياها عمره فيورث عنه، ولاجعلها عمرى فيستعمل فيها الخبر، وإنما قدر ذلك بعمر نفسه أو عمر أجنبي، فاقتضى لما هي عليه من خلاف الاصل خروجها من حكم النفي أن تبطل.

وهكذا لو قال: قد أعمرتكها سنة أو شهراً، كانت كذلك في البطلان، وكان بعض أصحابنا يغلب فيها حكم العمرى، ويخرجها على قولين، وهو خطأ لما بيناه.

فصل: وأما الرقبى فعلى ضربين:

أحدهما: أن يشترط ارتقاب كل واحد منهما لصاحبه فيقول: قد جعلتها لك رقبى ترقبني وأرقبك، فإن مت قبلي رجعت إلي، وإن مت قبلك فهي لك، فهذه عطية باطله لما في هذا الشرط من منافاة الملك.

والضرب الثاني: أن يشترط ذلك بل يقول: قد جعلتها لك رقبى فعلى قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم: إن ذلك باطل لا يحصل به التمليك اعتباراً بمقصود اللفظ.

والقول الثاني: وهو الجديد: إنها عطية جائزة يملكها المعطي أبداً ما كان حياً، ويورث عنه إن مات، سواء كان المطي حياً أو ميتاً، استدلالاً بقوله ﷺ: «فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً أَوْ أَرْقَبَهُ فَهُوَ سَبِيلُ الْمِيرَاثِ».

---

(١) هو من حديث جابر.

باب عَطِيَّةُ الرَّجُلِ وَلَدَهُ

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (أَخْبَرَنَا مَالِكٌ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ يُحَدِّثَانِهِ عَنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ أَبَاهُ أَتَى بِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هَذَا غُلَاماً كَانَ لِي فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَ مِثْلَ هَذَا؟» قَالَ لَا، فَقَالَ النبي ﷺ فَأَرْجِعهُ، قال الشافعي: وسمعتُ في هذا الحديثِ أن رسول الله ﷺ قال: «يَسُرُّكَ أَنْ يَكُونُوا فِي البِرِّ إِلَيْكَ سَوَاءً؟» فَقَالَ: بَلَى قَالَ «فَارْجِعْهُ» قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: وَبِهِ نَأْخُذُ، وَفِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى أُمُورٍ مِنْهَا: حُسْنُ الأَدَبِ فِي أَنْ لَا يُفَضِّلَ فَيَعْرِضُ فِي قَلْبِ المَفْضُولِ شَيْءٌ يَمْنَعُهُ مِنْ بِرِّهِ، فَإِنَّ القَرَابَةَ يَنفس بَعْضُهُمْ بَعْضاً مَا لَا ينفسُ العِدَى. وَمِنْهَا أَنَّ إِعْطَاءَهُ بَعْضَهُمْ جَائِزٌ، وَلَوْلَا ذَلِكَ لَمَا قَالَ ﷺ: «فَارْجِعْهُ». وَمِنْهَا أَنَّ لِلْوَالِدِ أَنْ يَرْجِعَ فِيمَا أَعْطَى وَلَدَهُ، وَقَدْ فَضَّلَ أَبُو بَكْرٍ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بِنَخْلٍ، وَفَضَّلَ عُمَرُ عَاصِماً رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بِشَيْءٍ أَعْطَاهُ إِيَّاهُ، وَفَضَّلَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ وَلَدَ أُمِّ كُلْثُومٍ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. أفضل الهبات صلة ذوي الأرحام لقوله ﷺ: «خَيْرُ الصَّدَقَةِ عَلَى ذِي الأَرْحَامِ الكَاشِحِ» فإذا وهب لولد فيختار التسوية في الهبة، ولا يفضل ذكراً على أنثى. وبه قال: مالك، وأبو حنيفة. وهو مذهب: شريح، ومحمد بن الحسن، وأحمد، وإسحاق، إلى أن الأفضل أن يعطى الذكر مثل حظ الانثيين، استدلالاً بقسمته لأحدهم سهماً في المواريث.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٤.

وحديث النعمان بن بشير: أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٧٥١ ـ ٧٥٢ والبخاري في الهبة (٢٥٨٦) ومسلم (١٦٢٣) (٩) والنسائي ٦/ ٢٥٨ والبيهقي ٦/ ١٧٦ والبغوي (٢٢٠٢).

ومن غير طريق مالك عن مسلم (١٦٢٣) (١٠) و (١١) والترمذي (١٣٦٧) وابن ماجة (٢٣٧٦) والنسائي ٦/ ٢٥٨ ـ ٢٥٩ وأبو داود (٣٥٤٣) وأحمد ٤/ ٢٧٠ ـ ٢٧١.

والأثر عن عمر، وابن عوف في البيهقي ٦/ ١٧٨.

ودليلنا: ما رواه عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «سَوُّوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ وَلَوْ كُنْتُ مُفَضِّلاً لَفَضَّلْتُ الْبَنَاتِ»[1] وهذا يمنع من حملهم على المواريث، وإن كان فيها ما يسوي بين الذكور والإناث كالإخوة من الأم وكالأبوين مع الابن. والله أعلم.

فصل: فإن لم يسوِّ بينهم وخص بالهبه بعضهم، كانت الهبة جائزة وإن أساء. وبه قال مالك وأبو حنيفة، وقال طاووس وأحمد وإسحاق وداود: الهبة باطلة استدلالاً بقوله ﷺ لبشير «كُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَ مِثْلَهُ؟» قَالَ: «فَأَرْجِعْهُ». وروي أنه قَالَ: «فَأَشْهِدْ غَيْرِي عَلَى التَّبَرِّيءِ مِنْ فِعْلِهِ»[2] ودل قوله هذا جور على ذَمَّةَ فِعْلِهِ.

قالوا: ولأن تفضيل بعضهم على بعض يؤدي إلى عقوق باقيهم، وما نصب على العقوق فهو عقوق، والعقوق حرام.

ودليلنا قوله ﷺ: «فَأَرْجِعْهُ» فلولا تعود الهبة لما أمره بالاسترجاع ثم قوله: «أَشْهِدْ غَيْرِي» دليل على عدم الجواز، لأن ما لا يجوز لرسول الله ﷺ أن يشهد فيه لا يجوز لغيره أن يشهد فيه، وإنما أمره بإشهاد غيره استئنافاً، وهذا جواب. ودليل قوله هذا جواب أي: ميل يقال: فجاز السهم إذا مال عن الرمية، فقال ذلك لأنه مال إلى الموهوب له.

وقد روي أَنَّ أَبَا بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ خَصَّ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا بِنَخْلٍ عِشْرِينَ وُسْقاً مِنْ تَمْرٍ وَقَالَ: وَدِدْتُ إِنَّكِ قَدْ قَبَضْتِيهِ وَهُوَ الْيَوْمُ مِنْ مَالِ الْوَارِثِ[3]، وفضل عمر بن الخطاب رضي الله عنه عاصماً بنخل، وخص عبد الرحمن بن عوف ولد أم كلثوم[4]، ولأنه لما جاز أن يجمع جميعهم جاز أن يعطي جميعهم جاز أن يفعل ذلك بجميعهم كالأجانب، ولأنه لما جازت هبة بعض الأولاد للأب جازت هبة الأب لبعض الأولاد.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوِ اتَّصَلَ حَدِيثُ طَاوُسَ: «لَا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِيمَا وَهَبَ إِلَّا وَالِدٍ فِيمَا يَهَبُ لِوَلَدِهِ» لَقُلْتُ بِهِ وَلَمْ أَرُدْ وَاهِباً غَيْرَهُ)[5].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) حديث ابن عباس: أخرجه البيهقي ٦/١٧٧.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) البيهقي ٦/١٧٨.

(٥) مختصر المزني: ص ١٣٤ والحديث أخرجه البيهقي من طريق عبد الرزاق ٦/١٧٩ والشافعي في مسنده ٢/١٦٨ وعبد الرزاق (١٦٥٤٢).

قال الماوردي: وهذا صحيح. والحديث متصل، وليس لواهب أقبض ما وهب أن يرجع فيه إلا أن يكون والداً فيجوز له الرجوع، فأما من سواه فلا رجوع له سواء كان أجنبياً أو ذا رحم.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إن وهب لذي رحم محرم لم يجز أن يرجع في هبته له، وإن وهب لذي غير رحم جاز الرجوع.

فأما أبو حنيفة فالكلام معه في فصلين:

أحدهما: جواز رجوع الأب في هبته، وأبو حنيفة يمنع منه.

والثاني: منع الأجنبي من الرجوع في هبته، وأبو حنيفة.

فأما الفصل الأول: وهو جواز رجوع الأب في هبته فاستدل أبو حنيفة على المنع من رجوعه بقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[١] فكان عموم هذا يمنع من رجوعه فيما ملك الابن عنه. وبرواية ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِيهِ»[٢] وبما روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: مَنْ وَهَبَ لِذِي رَحِمٍ لَمْ يَرْجِعْ وَمَنْ وَهَبَ لِغَيْرِ ذِي رَحِمٍ رَجَعَ مَا لَمْ يَثِبْ[٣].

قال: ولأن الهبة لذي الرحم صدقة، لأن المقصود بها ثواب الله تعالى دون المكافأة، فلما لم يجز أن يرجع في الصدقة لم يجز أن يرجع في الهبة لذي الرحم. ولأن في الرجوع في الهبة عقوقاً، وعقوق ذي الرحم حرام. ولأنه لو وهب بشرط الثواب فأثيب، لم يرجع وهذا قد أثيب من قبل الله تعالى في هبة الرحم، فلم يجز أن يرجع.

ودليلنا قوله ﷺ لبشير في هبته للنعمان من بين ولده «فَأَرْجِعْهُ»[٤]. فلولا أن رجوعه جائز لما أمره به، ولكان الأولى لو فعله أن يمنعه منه.

وروى عمرو بن شعيب، عن طاوس، عن ابن عمر، وابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ «لَا يَجُوزُ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ،

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) حديث ابن عباس: سبق تخريجه.

(٣) الأثر عن عمر أخرجه عبد الرزاق (١٦٥٢٤) وعن إبراهيم (١٦٥٢٥).

(٤) حديث بشير بن النعمان: سبق تخريجه.

وَمَثَلُ الَّذِي يُعْطِي الْعَطِيَّةَ وَيَرْجِعَ فِيهَا كَمَثَلِ الْكَلْبِ يَأْكُلُ فَإِذَا شَبِعَ قَاءَ ثُمَّ عَادَ فِي قَيْئِهِ»[1]، وهذا نص لم يكن متصلاً عند الشافعي وقد ثبت اتصاله، وبهذا يخص ما استدل به من عموم الخبر الأول، ويتمم ما اقتصر عليه من بقية الخبر الثاني.

وقال ﷺ: «أَوْلَادُكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ فَكُلُوا مِنْ طِيبِ كَسْبِكُمْ»[2]، فميز الولد من غيره وجعله كسباً لوالده، فكان ما كسبه الولد منه أولى أن يكون من كسبه. وقد يتحرر من هذا الاعتلال قياس، فيقال: لأنه وهب كسبه لكسب غير معتاض عنه، فجاز له الرجوع فيه كما لو وهب لعبده. ولأن ما للولد في يد والده لجواز تصرفه فيه إذا كان صغيراً، وأخذ النفقة منه إذا كان كبيراً، فصارت هبة له، وإن خرجت عن يده في حكم ما وهبه وهو باق في يده. فإذا جاز أن يرجع فيما وهبه لغيره إذا لم يقبضه لبقائه في يده، جاز أن يرجع فيما وهبه لولده وإن أقبضه، لأنه في حكم الباقي في يده.

وتحرير هذا الاستدلال قياساً: أنها هبة يجوز تصرفه فيها، فجاز له الرجوع فيها قياساً على ما لم يقبض. ولأن الأب لفضل حنوه تباين أحكامه أحكام غيره، فلا يعاديه ولا تقبل شهادته له، ويجوز أن يتصرف في يديه بالتزويج، وفي ماله بالعقود، لفضل الحنو وانتفاء التهم؛ فجاز أن يخالف غيره في جواز الرجوع في الهبة، لأن انتفاء التهمة تدل على أن رجوعه فيها لشدة الحاجة منه إليها. ولأننا وأبا حنيفة قد أجمعنا على الفرق في الهبة بين الأجنبي وذي الرحم، فلأن يكون الرجوع فيها مع ذي الرحم المباعض دون الأجنبي أولى منه أن يكون مع الأجنبي دون ذي الرحم لثلاثة أمور.

أحدها: النص المعاضد.

والثاني: البعضية الممازجة.

والثالث: التمييز بالأحكام المخصوصة.

وفي هذه المعاني جواب، وجوابهم عن الاستدلال بالثواب فهو: أنه أثبت بالمال، فقد وصل إليه البدل فلم يجز أن يصير جامعاً بينه وبين المبدل، فخالف من لم يصل إليه البدل على أن ثواب الله تعالى إنما يستحقه في الهبة غير الراجع فيها من الآباء.

فصل: وأما الفصل الثاني: في أن غير الأب لا يجوز أن يرجع في هبته، وأجاز أبو حنيفة للأجنبي أن يرجع فيها، استدلالاً بحديث عمر.

---

(١) أخرجه البيهقي ٦/ ١٧٩.

(٢) سبق تخريجه.

ودليلنا مع ما قدمناه من حديث طاوس: أن كل من وجب له القصاص على واهبه لم يملك واهبه الرجوع عليه في هبته، كالأخ طرداً والوالد عكساً. ولأن انتفاء القرابة تمنع من الرجوع في الهبة المقبوضة كالزوجين، ولأنها هبة لا يجوز الرجوع فيها بغير حكم حاكم، فلم يجز الرجوع فيها بحكم حاكم كالهبة على الثواب.

فصل: وإذا ثبت أن ليس لغير الوالد أن يرجع فيما وهب لولده، فلا فرق بين الأب والأم والجد والجدة.

ومنع مالك الأم والجد أن يرجعا في هبتهما، تعلقاً بحقيقة الأم في الولد.

وهذا ليس بصحيح، لأن كلهم والد فيه لبعضيه. فأما الولد فلا يجوز له الرجوع في هبته للوالد لما بينهما من الفرق، وفضل الحنو، وحق الولاية، وجواز التصرف.

فإذا صح أن كل واحد منهما والد ووالدة أو جد أو جدة وهب، فله الرجوع في هبته سواء قال الأب: قصدت بالهبة برَّه فعق ولم يبَّر أو قال: لم أقصد ذلك.

وقال ابن سريج: إنما يرجع الأب في هبته إذا قال: قصدت بها بره وظهور إكرامه، ولم يبر ولم يكرم. ولا يجوز أن يرجع إن لم يقل ذلك ويدعيه، وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: عموم الخبر.

والثاني: أن ما جاز به الرجوع. فهذا المعنى غير مؤثر فيه، كما أن ما لا يجوز به الرجوع فهذا غير مؤثر فيه.

فصل: فأما إذا تصدق الأب على ولده فقد اختلف أصحابنا: هل يجوز له الرجوع فيها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز، تغليباً لحكم الهبات.

والثاني: لا يجوز اعتباراً بحكم الصدقات. ولا فرق بين أن يكون الولد ذكراً أو أنثى، صغيراً أو كبيراً، عاقلاً أو مجنوناً، مسلماً أو كافراً.

فصل: ولو تداعى رجلان طفلاً، وقال كل واحد منهما: هو ابني، ثم وهبا له هبة، لم يكن لواحد منهما الرجوع في هبته، لأنه لا يحكم لواحد منهما بأبوته. فإن انتفى عن أحدهما ولحق بالآخر، فهل لمن لحق به الرجوع فيما تقدم من هبته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع، لثبوت أبوته.

والثاني: لا يرجع، لأنه حين وهب كان ممن لا يرجع.

فصل: وإذا وهب الأب لأولاده ثم أراد أن يرجع في هبته لبعضهم، جاز، وفي كراهيته وجهان:

أحدهما: يكره له استرجاع الهبة من بعضهم حتى يسترجعها من جميعهم، كما يكره له الهبة لبعضهم حتى يهب لجميعهم.

والثاني: لا يكره، لأن الخبر في التسوية في العطاء، لا في المنع.

فصل: وإذا وهب لابنه هبة فباعها الابن أو استهلكها، فليس للأب الرجوع ببدلها، وإنما يرجع لو كانت باقية في يده.

وهكذا. لو رهنها الابن لم يكن للأب الرجوع بها ما كانت رهناً، فإن افتكها الابن جاز للأب الرجوع بها، ولو باعها الابن ثم ابتاعها أو ورثها، فهل للأب الرجوع فيها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع بها، لبقائها في يده.

والثاني: لا يرجع بها، لخروجها عن ملك الابن.

فصل: فلو كانت باقية في يد الابن ثم حكم الحاكم بفلسه، ففي جواز رجوع الأب بها وجهان:

أحدهما: يرجع بها، لبقائها في يده.

والثاني: لا يرجع بها، لتعلق حق الغرماء بها.

فصل: ولو وهب الأب لابنه هبة ثم وهبها الابن لابنه، جاز للابن أن يرجع بها على ابنه، وهل للأب الرجوع بها على ابن ابنه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع بها، لأنه ابن ابنه الذي يجوز له الرجوع عليه بهبته.

والثاني: لا يرجع بها، لأنه غير الواهب له. فعلى هذا، لو استرجعها الابن من ابنه ففي رجوع الأب بها وجهان.

فصل: ولو وهب لابنه جارية فأعتقها الابن، أو داراً فوقفها، لم يكن للأب الرجوع بها ولا بقيمتها، لأنها في حكم المستهلكة. وهكذا لو وطىء الابن الجارية فأحبلها، لا يمكن

للأب الرجوع بها ولا بقيمتها، لأن من ملك أم الولد لا يجوز أن تنتقل إلى مالك آخر. ولكن لو لم يحبلها جاز للأب الرجوع بها، ثم وطئها حرام عليه، لأنها صارت من حلائل أبنائه، وليس للأب مطالبته بأرش التحريم. وهكذا لو كانت الأمة بكراً فافتضحها الابن، لم يكن له مطالبته بأرش البكارة.

فلو جنى عليها في يد الابن جناية أخذ أرشها، ثم رجع الأب بها، لم يرجع بأرش الجناية على ابنه، لأنه بدلٌ مما فات رجوع الأب به، فصار أرش جنايتها كثمنها لو باعها.

فلو كان الابن كاتبها ،لم يكن للأب الرجوع بها إلا أن تكون الكتابة فاسدة فيرجع بها. فإن عجزت عن الكتابة الصحيحة، رجع الأب بها وجهاً واحداً، بخلاف ما لو باعها، لأن البيع يزيل الملك، والكتابة توقف الملك ولا تزيله.

فلو دبرها الابن أو أعتقها بصفة لو بات، جاز للأب الرجوع بها لبقائها على ملكه، ولم ينقل ملكها إلى غيره. فلو كان الابن قد زوجها، رجع الأب بها، والنكاح على حاله. وكذلك لو أجرها الابن جاز للأب الرجوع بها، والإجارة بحالها إلى انقضاء مدتها، والأجرة والمهر معاً للابن دون الأب.

فصل: فلو كانت الهبة شاة فنتجت ثم رجع الأب بها، كان النتاج للابن دون الأب. فلو كانت الشاة عند الهبة حاملاً ثم ولدت في يد الابن، ثم رجع الأب بالشاة، ففي ولدها قولان من اختلاف قوله في الحمل.

فلو كانت الشاة حايلاً ثم رجع الأب بها حاملاً، ففي ولدها إذا وضعته أيضاً قولان.

ولو كانت الهبة نخلاً فأثمرت في يد الابن ثم رجع الأب بالنخل، فإن كانت الثمرة مؤبرة عند رجوع الأب فهي للابن، وإن كانت غير مؤبرة ففيها قولان:

أحدهما: للابن أيضاً، لأنها مما تتميز.

والثاني: للأب، لأن ما يؤبر من النخل تبع لأصله كالبيع.

فصل: ولا يصح رجوع الأب في هبته إلا بالقول الصريح، سواء كان الابن صغيراً أو كبيراً، بخلاف هبته لابنه الصغير حيث جوزناها بالنية في أحد الوجهين؛ لأنه استرجاع ملك فكان أغلظ. ثم لا يصح أن يكون الرجوع معلقاً بصفة، حتى لو قال: إذا دخلت الدار فقد رجعت في هبتي لابني لم يجز، وهل يجوز وهل يجوز ذلك في رجوعه في الوصية؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز، كالهبة.

والثاني: يجوز، لأنه لما جازت الوصية بالصفة جاز الرجوع فيها بالصفة.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (لِمَنْ يَسْتَثِيبُ مِنْ مِثْلِهِ أَوْ لَا يَسْتَثِيبُ)[(١)].

قال الماوردي: إعلمْ أن الهبة نوعان: نوع لا يقتضي المكافأة، ونوع يقتضيها.

فأما ما لا يقتضي المكافأة، فمن ثمانية أوجه:

أحدها: هبة الإنسان لمن دونه، لأن المقصود بها التفضيل.

والثاني: هبة الغنى للفقير، لأن المقصود بها النفع.

والثالث: هبة البالغ العاقل للصبي أو المجنون، لأنها ممن لا يصح الاعتياض منها.

والرابع: الهبة للأهل والأقارب، لأن المقصود بها صلة الرحم.

والخامس: الهبة للمنافر المعادي، لأن المقصود منها التآلف.

والسادس: الهبة للعلماء والزهاد، لأن المقصود بها القربة والتبرر.

والسابع: الهبة للأصدقاء والإخوان، لأن المقصود بها تأبيد المودة.

والثامن: الهبة لمن أعان بجاه أو بمال، لأن المقصود بها المكافأة.

فهذا النوع من الهبة على هذه الأوجه الثمانية لا يستحق عليها المكافأة، وإذا أقبضها الموهوب له بعد القبول فقد ملكها ملكاً مستقراً كالذي يملك بابتياع أو ميراث.

فصل: أما ما يقتضي المكافأة فهو: ما سوى هذه الوجوه مما يظهر أن المقصود بها طلب المكافأة عليها، ففي وجوب المكافأة قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم، وبه قال مالك: إن المكافأة واجبة، لقوله ﷺ لسلمان: «إنا نقبل الهدية ونكافيء عليها»[(٢)]، ولرواية أبي هريرة رضي الله عنه: «أَنَّ أَعْرَابِياً أَهْدَى إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ نَاقَةً فَكَافَأَهُ فَلَمْ يَرْضَ فَكَافَأَهُ فَلَمْ يَرْضَ فَلَمْ يَزَلْ يُكَافِئُهُ حَتَّى رَضِيَ ثُمَّ قَالَ: هَمَمْتُ أَنْ لَا أَتَّهِبَ إِلَّا مِنْ قُرَشِيٍّ أَوْ أَنْصَارِيٍّ أَوْ ثَقَفِيٍّ»[(٣)] وإنما خص هذا، لأنهم

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٤.

(٢) حديث سلمان: سبق تخريجه.

(٣) حديث أبي هريرة: أخرجه البيهقي ١٨/٦.

مشهورون بسماحة النفوس وقلة الطمع فلولا وجوب المكافأة لما صبر على طمع الأعرابي وآذاه، لأن العرف الجاري في الناس المكافأة بها يجعله كالشرط فيها ويكون قبول الهبة رضى بالتزامها.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد، وهو مذهب أبي حنيفة: إن المكافأة عليها غير واجبة، لقوله ﷺ «لاَيَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»، ولأن ما صح تملكه من غير ذكر بدل، لم يستحق فيه البدل كالوصية والصدقة. ولأن العقود لا يختلف استحقاق البدل فيها باختلاف العاقدين لها اعتباراً بسائر العقود من البيع والإجارة في استحقاقه، والوصية والعارية في إسقاطه.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين، فإن قلنا: بأن الثواب لا يجب، فإن المكافأة لا تستحق فأثاب الموهوب له وكافأ، فهي هبة مبتدأة لا يتعلق حكم واحدة من الهبتين بالأخرى. فلو استحقت إحداهما، أو ظهر بها عيب، فالأخرى على حالها لا يجوز أن تسترجع. فإن شرط على هذا القول في نفسه ثواباً ومكافأة، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون الثواب الذي شرط مجهولاً، فالهبة باطلة لاشتراط ما ينفيها.

والضرب الثاني: أن يكون معلوماً ففيها قولان.

أحدهما: باطلة، لما ذكرنا من التعليل.

والقول الثاني: جائزة، لأنها معاوضة على بدل معلوم كالبيع.

فإن كان بلفظ الهبة، فإذا قلنا: ببطلان الهبة عند اشتراط الثواب معلوماً كان أو مجهولاً، فالموهوب له ضامن لها بالقبض، لأنها مقبوضة على وجه المعاوضة، وعليه ردها لفساد العقد. فلو تلفت في يده كان ضامناً لها كالمقبوض من بيع فاسد بأكثر ما كان قيمته من وقت القبض إلى وقت التلف على أصح المذهبين في ضمان البيع الفاسد. ولو نقصت مع بقاء عينها، ضمن قدر نقصها.

فإذا قلنا: بصحة الهبة عند اشتراط الثواب المعلوم، فهي كالبيع المحض يستحق فيه خيار المجلس بالعقد، وخيار الثلث بالشرط، ويجوز اشتراط الرهن والضمين فيه. وإن استحقت الهبة وجب رد الثواب، وإن استحق الثواب وجب رد الهبة. وإن كان الثواب معيناً

أو غرم مثله مع بقاء الهبة إن كان الثواب موصوفاً. وإن ظهر في الهبة عيب، كان الموهوب له بالخيار بين: المقام، والفسخ.

فصل: وإن قلنا: إن الثواب واجب والمكافأة مستحقة، فلا يخلو أن يشترط الثواب أو لا يشترطه.

فإن لم يشترطه، لزمه بالعقد، وفيه ثلاثة أقاويل

أحدها: أن عليه أن يثيب ويكافىء حتى يرضى الواهب، لأن النبي ﷺ لَمْ يَزَلْ يُكَافِىءُ الأَعْرَابِيَّ حَتَّى رَضِيَ[1].

والقول الثاني: عليه أن يكافىء بما يكون في العرف ثواباً لمثل تلك الهبة، لأن الرضى لا ينحصر، فكان العرف أولى أن يعتبر.

والقول الثالث: عليه أن يكافىء بقدر قيمة الهبة لا يلزمه الزيادة عليها، ولا يجزئه النقصان منها. لأن ما استحق فيه البدل إذا عدم المسمى، رجع إلى القيمة اعتباراً بمهر المثل وقيم المتلفات. فعلى هذا، يكون الموهوب له بالخيار بين: أن يكافىء في مقدار ما ذكرناه من الثواب، وبين أن يرد الهبة، ولا خيار للواهب في أحد الأمرين. فإن رد الهبة، لم يكن للواهب أن يطالبه بالثواب. فإن ردها ناقصة، فإن كان نقصها بفعله ضمنه للواهب، وإن كان بغير فعله، ففي ضمانه إياه وجهان.

أصحهما: عليه ضمانه.

والثاني: لا يضمنه.

وإن ردها وقد زادت، فإن كانت الزيادة لا تتميز كالطول والسمن، أخذها الواهب، زائدة، لأن ما لا يتميز من الزيادات تبع للأصل، وإن كانت الزيادة متميزة، فهي للموهوب له كالنتاج والثمرة، لحدوثها على ملكه، ولا يلزمه دفعها إلى الواهب وإن رد عليه الهبة. وإن لم يرد الهبة وكافأه عليها بما ذكرناه من الثواب فيها، فالواهب بالخيار بين: أن يقبل المكافأة، وبين أن لا يقبل، ولا خيار له في استرجاع الهبة، فإن قبل المكافأة ثم استحقت من يده فالموهوب له بالخيار بين: أن يكافئه ثانية، وبين أن يرد الهبة. ولو استحقت الهبة دون المكافأة، كان للموهوب له أن يرجع بالمكافأة.

فلو قال الواهب: أنا أهب لك مثل تلك الهبة ولا أرد المكافأة، لم يكن ذلك له،

بخلاف استحقاق المكافأة. فلو لم يكافأ الموهوب له عن نفسه، وكافأه عنه غيره، جاز ولا رجوع للواهب، لوصول الثواب إليه، ولا رجوع للمكافىء على الواهب له بما أثاب عنه وكافأ، لأنه متطوع، إلا أن يكافأ بأمره فيرجع عليه. فلو لم يكافئه الموهوب له عن الهبة حتى تلفت في يده بغير فعله، ففي وجوب الثواب عليه قولان:

أحدهما: لا يجب عليه الثواب، لأنه إنما يجب عليه أن يكافىء ويثيب في الحال التي إن رد ولم يثب، فعلى هذا تتلف غير مضمونة عليه.

القول الثاني: أن الثواب واجب عليه لاستحقاقه بالعقد، فإن أثاب وإلا ضمنها بالقيمة لتلفها عن بدل فائت.

فصل: وإن اشترط الواهب الثواب على هذا القول، فلا يخلو أن يشترطه معلوماً أو مجهولاً.

فإن اشترطه مجهولاً، صحت الهبة ولزم الشرط، لأنه يوجب العقد، ثم حكم هذه الهبة والثواب علي ما مضى، وفيه ثلاثة أقاويل. غير أن الهبة لو تلفت في يده مع هذا الشرط مثل الثواب، لزمه أن يثب أو يضمن القيمة قولاً واحداً.

وإن اشترط الثواب معلوماً، ففيه قولان:

أحدهما: جائز، لأن ما منع عن الجهالة كان أولى بالصحة، وله ما اشترط، ويكون الفرق بينه وبين البيع: أنه في الهبة يشرط الثواب المعلوم يكون مخيراً بين: دفع الثواب، وبين رد الهبة. وفي البيع يلزمه دفع الثمن، ولا خيار له في الرد ما لم يكن خيار أو عيب، ثم هما فيما سوى ذلك على سواء.

والقول الثاني: وهو قول أبي ثور: إن الهبة باطلة لخروجها عن حكم الهبات المطلقة والبيوع اللازمة. فعلى هذا تكون مضمونة ضمان البيع الفاسد على ما مضى.

فصل: هبة المريض في الثلث، فإن احتملها الثلث أمضيت وإلا ردت، لأنها في حكم الوصية. وإن احتمل الثلث بعضها، أمضى منها قدر ما احتمله الثلث، إلا أن يجيزه الوارث فيصح في الجميع.

فلو وهب في الصحة وأقبض في المرض، فهي هبة في المرض لأنها بالقبض فيه تمت. فلو اختلفا، فقال وارث الواهب: هي في المرض، وقال الموهوب له: في الصحة،

فالقول قول الوارث مع يمينه، لأن الأصل فيها عدم الزوم. فلو مات الواهب قبل القبض، ففيها قولان:

أحدهما: أن وارثه بالخيار بين إقباضها بالعقد الماضي، أو المنع.

والقول الثاني: أن العقد قد بطل بالموت، فإن أحب إمضاء الهبة، استأنف عقداً وقبضاً. والله أعلم.

فصل: وإذا دخل المسلم دار الحرب فوهب له أهلها هبة، قبلها وقبضها، ولم يغنمها المسلمون إن ظفروا بها.

وفرق أبو حنيفة بين ما ينقل منها وما لا ينقل، فجعل ما ينقل مملوكاً، وما لا ينقل مغنوماً، استدلالاً بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «مَنْ مَنَحَهُ الْمُشْرِكُونَ أَرْضاً فَلَا أَرْضَ لَهُ» وهذا إن صح عنه، محمول على العارة دون الهبة.

فصل: هبة دور مكة وعقارها يجوز، بخلاف قول أبي حنيفة، بناء على البيع. فأما إجارتها للحجاج، فيجوز هبتها إن جاز بيعها، وأبطل إن لم يجز بيعها. والله أعلم.

فصل: هبة الدين لغير من هو عليه، لا يجوز. ولمن هو عليه، يجوز. لأن هبته لمن هو عليه إبراء، ولغيره تمليك. وهبة المنافع عارية لا تلزم، لأن قبضها قبل انقضائها لا يصح.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: ((قَالَ)وَتَجُوزُ صَدَقَةُ التَّطَوُّعِ عَلَى كُلِّ أَحَدٍ إِلَّا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ كَانَ لَا يَأْخُذُهَا لَمَّا رَفَعَ اللَّهُ مِنْ قَدْرِهِ وَأَبَانَهُ مِنْ خَلْقِهِ، إِمَّا تَحْرِيماً، وَإِمَّا لِئَلَّا يَكُونَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ يَدٌ. لِأَنَّ مَعْنَى الصَّدَقَةِ لَا يُرَادُ ثَوَابُهَا، وَمَعْنَى الْهَدِيَّةِ يُرَادُ ثَوَابُهَا، وَكَانَ يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ، وَرَأَى لَحْماً تَصَدَّقَ بِهِ عَلَى بُرَيْرَةَ فَقَالَ«هوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ»)[1].

قال الماوردي: والمقصود بهذه المسألة فصلان مضيا.

أحدهما: تحريم الصدقات على رسول الله ﷺ وقد ذكرناه.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٤.

والثاني: إباحة لصدقة التطوع على الأغنياء وقد بيناه، فلم يكن للإطالة بتكرارهما وجه مع ما حصل من إطالة الاستيفاء.

فأما المسألة فتحرم على الغني وإن حلت له الصدقة. روى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: «إِنَّ الْمَسْأَلَةَ لَا تَحِلُّ إِلَّا مِنْ فَقْرٍ مُدْقِعٍ أَوْ غُرْمٍ مُفْظِعٍ، أَوْ دَامٍ مُولَعٍ» وبالله التوفيق.

كِتَابُ اللُّقَطَةِ

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ عَنْ يَزِيدَ مَوْلَى المُنْبَعِثِ عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الجُهَنِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَهُ عَنِ اللُّقَطَةِ فَقَالَ: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاَّ فَشَأْنَكَ بِهَا» وَعَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نَحْوَ ذَلِكَ. قال الشافعي فبهذا أقول)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. وهذا الحديث هو الاصل في اللقطة، وقد رواه الشافعي في الأم بتمامة، وأنه سأله بعد قوله: «فشأنك بها عن ضالة الغنم فقال: لك أو لأخيك أو للذئب فقال: فضالة الابل؟ قال: مالكَ ولها؟ معها سِقاؤُها وحِذَاؤُها تردُ الماء وتأكلُ الشجر حتى يلقاها ربها.

أما قوله: في ضالة الغنم هي لك يعني: إن أخذتها أو لأخيك إن أخذها غيرك أو للذئب يعني: إن لم تؤخذ أكلها الذئب، فأما قوله في ضالة الإبل: «ما لَكَ ولها» أي: لا تأخذها. وقوله: «معها سقاؤها» يعني: أعناقها التي تتوصل بها إلى الماء، فلا تحتاج إلى تقريب الراعي ومعونته. وقوله: «حذاؤها» يعني: خفاف أرجلها التي تقدر بها على السير وطلب المرعى، وتمتنع من صغار السباع، فخالفت الغنم من هذه الوجوه الثلاثة.

وروى مطرف بن عبد الله عن أبيه أَنَّ رَجُلاً سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٥ وحديث زيد بن خالد الجهني: أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٧٥٧ والشافعي في مسنده ٢/ ١٣٧ والبخاري في المساقاة (٢٣٧٢) واللقطة (٢٤٢٩) ومسلم في اللقطة (١٧٢٢) وأبو داود (١٧٠٥) والبيهقي ٦/ ١٨٥ ـ ١٨٦ والبغوي (٢٢٠٧) وتتمة الحديث قال: «فضالّة الغنم؟ قال: هي لك، أو لأخيك، أو للذئب، قال: فضالّة الإبل؟ قال: مَا لَكَ ولها؛ معها سقاؤها وحذاؤها، تردُ الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربُّها».
ومن غير طريق مالك عند البخاري (٢٤٢٧) و (٢٤٢٨) و (٢٤٣٦) و (٢٤٣٨) و (٦١١٢) ومسلم (١٧٢٢) والترمذي (١٣٧٢) وأبو داود (١٧٠٤).

إِنَّا نُصِيبُ هَوَامي الإِبِلِ، فَقَالَ: «ضَالَّةُ الْمُؤْمِنِ حَرَقُ النَّارِ»[١] وهوامي الابل: هي المهملة التي لا راعي لها.

وروي عن النبي ﷺ إنه قال: «لاَ يَأْوِي الضَّالَّةَ إِلاَّ ضَالٌّ»[٢].

وروى الشافعي: عن يحيى بن سعيد، عن الثوري، عن سلمة بن كهيل، عن سويد بن غفلة أَنَّهُ سَأَلَ أُبَيَّ بْنَ كَعْبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنْ سَوْطٍ وَجَدَهُ فَقَالَ: إِنِّي وَجَدْتُ صرة فِي عَهْدِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِيهَا مَائَةُ دِينَارٍ فَذَكَرْتُهَا لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ لِي: «عَرِّفْهَا حولاً فَإِنْ وَجَدْتَّ مَنْ يَعْرِفُهَا فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ وَإِلاَّ فَاسْتَمْتِعْ بِهَا»[٣].

وروى الشافعي عن عبد العزيز، عن شريك، عن عطاء بن يسار، عن علي بن أبي طالب عليه السلام أَنَّهُ وَجَدَ دِيناراً عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَذَكَرَهُ، فَأَمَرَهُ أَنْ يُعَرِّفَهُ، فَلَمْ يُعْرَفْ فَأَمَرَهُ بِأَكْلِهِ، ثُمَّ جَاءَ صَاحِبُهُ فَأَمَرَهُ أَنْ يَغْرُمَهُ[٤].

فصل: فإذا ثبت ما روينا، فاللقطة والضوال مختلفان في الجنس والحكم. فالضوال الحيوان، لأنه يضل بنفسه وسنذكر حكمه.

واللقطة غير الحيوان سميت بذلك لالتقاط واجدها لها. ولها حالتان:

إحداهما: أن توجد في أرض مملوكة، فلا يجوز لواجدها التعرض لأخذها، وهي في الظاهر لمالك الأرض إذا إدعاها.

وروى: عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عن عبد الله بن عمرو، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنِ اللُّقَطَةِ فَقَالَ: «مَا كَانَ مِنْهَا فِي طَرِيقٍ مَيْتَاءَ فَعَرِّفْهَا حَوْلاً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاَّ فَهِيَ

---

(١) حديث مطرف عن أبيه: أخرجه ابن ماجة (٢٥٠٢) والبيهقي ٦/ ١٩١ وأحمد ٤/ ٢٥ والبغوي (٢٢٠٩) و (٢٢١٠) والاحسان (٤٨٨٨).

وحرق النار: إذا أخذها إنسان فتؤدي به إلى النار. والهوام: الإبل التي لا حافظ لها ولا راعي.

(٢) حديث زيد بن خالد: أخرجه مسلم في اللقطة، (١٧٢٤) والبيهقي ٦/ ١٩١ وأحمد ٤/ ١١٦.

(٣) حديث سلمة بن كهيل: أخرجه البخاري في اللقطة (٢٤٢٦) و(٢٤٣٧) ومسلم في اللقطة (١٧٢٣) (١٠). وهو عند أبي داود (١٧٠١) و(١٧٠٢) و(١٧٠٣) والترمذي (١٣٧٤) وأخرجه البيهقي ٦/ ١٨٦ وأحمد ٥/ ١٢٦ - ١٢٧.

(٤) حديث علي: أخرجه أبو داود في اللقطة (١٧١٤) من طريق أبي سعيد الخدري، و(١٧١٥) من طريق بلال بن يحيى العبسي، عن علي. والبيهقي ٦/ ١٨٧ من طريق شريك، عن عطاء بن يسار.

لَكَ، وَمَا كَانَ مِنْهَا مِنْ خَرَابٍ فَفِيهَا وفي الرِّكَازِ الْخُمُسُ»[١]. وقوله: «فِي طَرِيقٍ مَيْتَاءَ» يعني مملوكة قديمة، سميت بذلك لإتيان الناس إليها. وروي: «في طريق مأتي» سميت بذلك لإتيان الناس إليها.

والحال الثانية: إن توجد في أرض غير مملوكة من مسجد أو طريق أو موات، فلا يخلو ذلك من أحد أمرين:

إما أن تكون بمكة، أو بغير مكة. فإن كانت بغير مكة من سائر البلاد، فعلى ضربين: ظاهر، ومدفون. فإن كان ظاهراً، فعلى ضربين:

أحدهما: ما لا يبقى كالطعام الرطب، فله حكم نذكره من بعد.

والثاني: أن يكون مما بقي كالدراهم والدنانير والثياب والحلى والقماش، فهذه هي اللقطة التي قال فيها رسول الله ﷺ: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا وَعَرِّفْهَا حَوْلاً فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاَّ فَشَأْنُكَ بِهَا» فعليه أن يقيم لشروط تعريفها، ثم له بعد الحول إن لم يأت صاحبها أن يتملكها.

وإن كان مدفوناً فضربان: جاهلي، وإسلامي.

فإن كان إسلامياً فلقطة أيضاً، وهي على ما ذكرنا. وإن كان جاهلياً، فهو ركاز وفي الركاز الخمس، وروي عنه ﷺ أنه قال: «وَفِي السُّيُوبِ الْخُمُسُ» يعني: الركاز، قال أبو عبيد: ولا أراه أخذ إلا من السيب، وهو العطية.

فصل: وإن كانت اللقطة بمكة، فمذهب الشافعي رحمه الله: أنه ليس لواجدها أن يتملكها، وعليه إن أخذها أن يقيم بتعريفها أبداً بخلاف سائر البلاد.

وقال بعض أصحابنا: مكة وغيرها سواء في اللقطة، استدلالاً بعموم الخبر.

وهذا خطأ، لما روي عن النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «إِنَّ ابْرَاهِيمَ حَرَّمَ مَكَّةَ فَلاَ يُخْتَلَى خِلاَؤُهَا وَلاَ يُعْضَدُ شَجَرُهَا وَلاَ يُنَفَّرُ صَيْدُهَا وَلاَ تَحِلُّ لُقَطَتُهَا إِلاَّ لِمُنْشِدٍ»[٢] وفي المنشد تأويلان.

---

(١) حديث عمرو بن شعيب: أخرجه أبو داود في اللقطة (١٧١٠) و(١٧١١) و(١٧١٢) و(١٧١٣) وابن ماجة (٢٥٩٦) والنسائي ٨/ ٨٥ والبيهقي ٦/١٩٧ وأحمد ٢/ ١٨٠.

(٢) سبق تخريجه وهو عند البخاري (١٨٣٣) ومسلم (١٠٠١).

أحدهما: وهو قول أبي عبيد: أنه صاحبها الطالب، والناشد هو المعرف الواجد لها. قال الشاعر.

يَصِيحُ لِلنَّبْأَةِ أَسْمَاعَهُ إِصَاخَةَ النَّاشِدِ لِلْمُنْشِدِ

فكأن النبي ﷺ قال: لا يحل لأحد أن يتملكها إلا صاحبها التي هي له دون الواجد.

والتأويل الثاني: وهو قول الشافعي: أن المنشد الواجد المعرف، والناشد هو المالك الطالب. وروي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَمِعَ رَجُلاً يُنْشِدُ ضَالَّةً فِي الْمَسْجِدِ فَقَالَ: «أَيُّهَا النَّاشِدُ غَيْرُكَ الْوَاجِدُ»(١) معناه: لا وجدت كأنه دعا عليه.

فعلى هذا التأويل، معنى قوله: «لا تحل لقطتها إلا لمنشد» أي: لمعرف يقيم على تعريفها ولا يتملكها، فكان في كلا التأويلين دليل على تحريم تملكها. ولأن مكة لما باينت غيرها في تحريم صيدها وشجرها تغليظاً لحرمتها، باينت غيرها في ملك اللقطة. ولأن مكة لا يعود الخارج منها غالباً إلا بعد حول إن عاد، فلم ينتشر إنشادها في البلاد كلها، فلذلك وجب عليه إدامة تعريفها. ولا فرق بين مكة وبين سائر الحرم، لاستواء جميع ذلك في الحرمة.

فأما عرفة ومصلى إبراهيم ﷺ ففيه وجهان:

أحدهما: أنه حل محل لقطته قياساً على جميع الحل.

والوجه الثاني: أنه كالحرم لا تحل لقطته إلا لمنشد. لأن ذلك مجمع الحاج، وينصرف النفار منه في سائر البلاد كالحرم. ثم اختلفوا في جواز إنشادها في المسجد الحرام مع اتفاقهم على تحريم إنشادها في غيره من المساجد على وجهين:

أصحهما: جوازه إعتباراً بالعرف، وأنه مجمع الناس.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالْبَقَرُ كَالإِبِلِ لأَنَّهُمَا يَرِدَانِ الْمِيَاهَ وَإِنْ تَبَاعَدَتْ، وَيَعِيشَانِ أَكْثَرَ عَيْشِهِمَا بِلاَ رَاعٍ)(٢).

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٧٢٢) من حديث أبي بكر بن محمد. و(١٧٢٣) من حديث محمد بن المنكدر.

(٢) مختصر المزني: ص ١٣٥، وتتمة المسألة: «فليس له أن يعرض لواحد منهما والمال والشّاة لا يدفعان عن أنفسهما فإن وجدهما في مهلكةٍ فله أكلهما وغُرمهما إذا جاء صاحبهما وقال فيما وضعه بخطّه لا أعلمه بسمع منه. والخيل والبغال والحمير كالبعير كلّها قويٌّ ممتنعٌ من صغار السّباع بعيد الأثر في الأرض ومثلها الظبيُ للرجل والأرنب والطائر لبعده في الأرض وامتناعه في السُّرعة».

قال الماوردي: إعلم أن ضوال الحيوان إذا وجدت، لم يخل حاله من أحد أمرين: أما أن توجد في مصر فسيأتي. وإن وجدت في صحراء، فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون مما يصل بنفسه إلى الماء والرعي، ويدفع عن نفسه صغار السباع، إمّا لقوة جسمه كالإبل والبقر والخيل والبغال والحمير، وإما لبعد أثره كالغزال والأرنب والطير، فبهذا النوع لا يجوز لواجده أن يتعرض لأخذه إذا لم يعرف مالكه، لقوله ﷺ فِي ضَوَالِّ الإِبِلِ: «مَالَكَ وَلَهَا؟ مَعَهَا حِذَاؤُهَا وَسِقاؤُهَا تَرِدُ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ ذَرْهَا حَتَى تَلْقَى رَبَّهَا» ولأنها تحفظ أنفسها فلم يكن لصاحبها حظ في أخذها.

فإن أخذها، لم يخل من أحد أمرين: إما أن يأخذها لقطة ليمتلكها إن لم يأت صاحبها، فهذا متعد، وعليه ضمانها، فإن أرسلها لم يسقط الضمان.

وقال أبو حنيفة ومالك: قد سقط الضمان عنه بالإرسال، بناء على من تعدى في وديعة ثم كف عن التعدي، فعندها يسقط الضمان عنه.

وعندنا: لا يسقط. فإن لم يرسلها ولكن دفعها إلى مالكها، فقد سقط عنه ضمانها بإدائها إلى مستحقها، وإن دفعها إلى الحاكم عند تعذر المالك ففي سقوط الضمان وجهان:

أحدهما: قد سقط، لأن الحاكم نائب عمن غاب.

والثاني: لا يسقط، لأنها قد تكون لحاضر لا يولى عليه.

والحال الثانية: ألا يأخذها لقطة ولكن يأخذها حفظاً على مالكها. فإن كان عارفاً بمالكها لم يضمن، ويده يد أمانة حتى تصل إلى المالك. وإن كان غير عارف للمالك، ففي وجوب الضمان وجهان.

أحدهما: لا ضمان، لأنه من التعاون على البر والتقوى.

والوجه الثاني: عليه الضمان، لأنه لا ولاية له على غائب. فإن كان والياً كالإمام أو الحاكم، فلا ضمان عليه، فقد روي أن عمر رضي الله عنه كانت له حظيرة يحظر فيها ضوال الإبل، فهذا حكم أحد الضربين.

فصل: والضرب الثاني ما لا يدفع عن نفسه ويعجز عن الوصول إلى الماء والرعي، كالغنم والدجاج، فلو أخذه فأكله في الحال من غير تعريف غنياً كان أو فقيراً، فعليه غرمه لمالكه إن وجده، وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك وداود: هو غير مضمون، ويأكله أكل إباحة، ولا غرم عليه في استهلاكه استدلالاً بأن النبي ﷺ قال: «هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ»(١) ومعلوم أن ما استهلكه الذئب هدراً لا يضمن، وإنما أراد بيان حكم الأخذ في سقوط الضمان. ولأن ما استباح أخذه من غير ضرورة إذا لم يلزمه تعريفه، لم يلزمه غرمه كالدراهم.

ودليلنا: قوله ﷺ «لاَيَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»(٢) ولأنها لقطة يلزمه ردها مع بقائها لموصي، فوجب أن يلزمه غرمها عند استهلاكها، قياساً على اللقطة في الأموال. ولأنها ضالة. فوجب أن تضمن بالإستهلاك كالإبل.

فأما الجواب عن قوله عليه السلام: «هِيَ لَكَ أَوْ لأَخِيكَ أَوْ لِلذِّئْبِ» فهو: أنه نبه بذلك على إباحة الأخذ وجواز الأكل دون الغرم. وأما الركاز فلأنه لا يلزم رده فلذلك سقط غرمه، وليس كذلك الشاة، لأن ردها واجب، فصار غرمها واجباً.

فصل: فإذا ثبت جواز أخذ الشاة وما لا يدفع عن نفسه وإباحة أكله ووجوب غرمه، فكذلك صغار الإبل والبقر لأنها لا تمنع عن أنفسها كالغنم، ثم لا يخلو حال واحد الشاه وما في معناها من أربعة أحوال:

أحدها: أن يأكلها، فيلزمه غرم ثمنها قبل الذبح عند الأخذ في استهلاكها، ويكون ذلك مباحاً لا يأثم به وإن غرم.

والحال الثانية: أن يتملكها ليستبقيها حيَّه لدرٍّ أو نسل، فذلك له لأنه لما استباح تملكها مع استهلاكها، فأولى أن يستبيح تملكها مع استبقائها. ثم في صحة ضمانها وجهان كالعارية مخرجاً، وفي اختلاف قوليه في ضمان الصداق:

أحدهما: أنه ضامن لقيمتها في الوقت الذي يملكها فيه.

والثاني: أنه ضامن لقيمتها أكثر ما كانت حين وقت الملك إلى وقت التلف. فإن جاء صاحبها وهي باقية وقد أخذ الواجد درها ونسلها، كان الدر والنسل للواجد لحدوثه على ملكه، وللمالك أن يرجع بها دون قيمتها. فإن بذل له الواجد قيمتها، لم يجبر على أخذها مع بقاء عينها، إلا أن يتراضيا على ذلك فيجوز.

فلو كانت الشاة حين رجع المالك بها زائدة في بدنها أو قيمتها، لم يكن للواجد حق

(١) تقدّم الحديث في أول الكتاب.

(٢) سبق تخريجه.

في الزيادة، وكانت للمالك تبعاً للأصل. ولو كانت ناقصة، رجع المالك بنقصها على الواجد، لأنها مضمونة بالتلف، فكانت مضمونة بالنقص.

فصل: والحال الثالثة: أن يستبقيها في يده أمانة لصاحبها، فذلك له. لأنه لما جاز أن يتملكها على صاحبها، فأولى أن يحفظها لصاحبها. ولا يلزمه تعريفها، لأن ما جاز تملكه سقط تعريفه. ولا يلزمه إخبار الحاكم بها، ولا الإشهاد عليها. بل إذا وجد صاحبها سلمها إليه، ولا ضمان عليه مدة إمساكها لصاحبها لو تلفت أو نقصت، لأن يده أمانة كالمعرف.

وقال بعض أصحابنا وجهاً آخر: إنه يضمنها، لأن إباحة أخذها مقصور على الأكل الموجب للضمان دون الإئتمان. وهكذا القول حدث من درِّها ولبنها، على المذهب لا يضمنه، وعلى هذا الوجه يضمنه.

فإن أنفق عليها أكثر من مؤنة علوفتها، فإن كان ذلك منه مع وجود حمى للمسلمين ترعى فيه، فهو متطوع بالنفقة وليس له الرجوع بها. وإن كان مع عدم الحمى، فإن كان عن إذن الحاكم رجع بما أنفق، وإن كان عن غير إذنه، فإن كان قادراً على استئذانه لم يرجع بها، وإن لم يقدر على استئذانه، فإن لم يشهد لم يرجع، وإن أشهد ففي رجوعه بها وجهان:

أحدهما: يرجع للضرورة.

والثاني: لا يرجع لئلا يكون حاكم نفسه.

فلو أراد بعد إمساكها أمانة أن يتملكها ففي جوازه وجهان:

أحدهما: له ذلك كالإبتداء.

والثاني: ليس له ذلك لإستقرار حكمها.

فأما إن أراد أن يتملك درَّها ونسلها من غير أن يتملك أصلها، لم يكن له ذلك وجهاً واحداً، لأنه فرع يتبع أصله. فلو أرسلها بعد إمساكها أمانة لزمه الضمان، إلا أن يدفعها إلى حاكم فلا يضمن. ولو نوى تملكها، ثم أراد أن يرفع ملكه عنها لتكون أمانة لصاحبها، لم يسقط عنه ضمانها، وفي ارتفاع ملكه عنها وجهان:

أحدهما: لا يرتفع ملكه لأن الملك لا يزول إلا بقبول المتملك. فعلى هذا، يكون مالكاً لما حدث من درها ولبنها لبقائها على ملكه.

والوجه الثاني: يرتفع ملكه عنها مع بقاء ضمانها، وذلك أحوط لمالكها.

فوجه ذلك: أنه لما جاز أن يتملكها من غير بذل مالكها، جاز أن يزول ملكه عنها من غير قبول متملكها. فعلى هذا، يكون الحادث من درها ونسلها ملكاً لربها تبعاً لأصلها، وعليه ضمانه كالأصل.

فصل: والحال الرابعة أن يريد بيعها، فلا يخلو ذلك من أحد أمرين:

إما أن يبيعها بعد أن يتملكها، فذلك له. كما لو أكلها، ويكون ضامناً لقيمتها دون ثمنها، لأنه باعها في حق نفسه. فلو جاء صاحبها بعد البيع، لم يكن له في رقبتها لنفوذ البيع بالقيمة على الواجد. فلو كان خيار المجلس أو خيار الشرط في البيع باقياً، فأراد المالك أن يفسخ وأراد الإمضاء، ففيه وجهان حكاهما أبو القاسم بن كج.

أحدهما: أن القول قول المالك في الفسخ، لاستحقاقه الرجوع بعين ماله مع بقائه.

والوجه الثاني: أن القول قول البائع في الامضاء، لأن خيار العقد يستحقه العاقد دون غيره، فإذا أمضى غرم القيمة دون الثمن. وإن أراد بيعها لمالكها جاز، إن كان البيع أحظ من الاستيفاء، لما يلزم من ارتفاق عليها. وجاز أن يكون الواجد هو المتولي لبيعها من غير استئذان حاكم، بخلاف من أراد بيع مال غريم جاحد فيستوفي منه قدر دينه في أحد الوجهين، لأن صاحب الدين يبيعه في حق نفسه، فمنع من تفرده به في أحد الوجهين، وهذا يبيعه في حق المالك فجاز كالوكيل. فإن أراد المالك الفسخ في خيار العقد، استحقه وجهاً واحداً لبيعها في حقه. فلو أراد بعد بيعها لمالكها أن يتملك ثمنها، لم يكن له ذلك وجهاً واحداً، بخلاف ما لو أراد أن يتملكها بعينها بعد إمساكها أمانة في أحد الوجهين، لأن الثمن قد خرج عن حكم الضوال، ولم تخرج هي مع بقائها عن أن تكون ضالة.

فلو كانت الضالة عبداً، فإن كان كبيراً كالبعير لا يتعرض لأخذه، وإن كان صغيراً كالشاة يأخذه ويتملكه إن شاء. ولو كانت أمه صغيرة، ففي جواز تملكه لها وجهان:

أحدهما: يجوز كالعبد الصغير.

والثاني: لا يجوز، كما لا يجوز قرض الإماء وإن جاز قرض العبد، لأنها ذات فرج فكان حكمها أغلظ.

فعلى هذا، تباع على مالكها إن كان البيع أحظ، ثم هل يجوز للواجد أن يتملك ثمنها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز، كالأصل.

والثاني: يجوز، لأن معنى الأصل مفقود في الثمن.

فلو كان عبداً فباعه الواجد له، ثم حضر المالك فذكر أنه كان قد أعتقه قبل البيع، قال الشافعي: القول قوله وعليه اليمين إن طلبها المشتري، لأنه مقر في ملك لم يزل. قال الربيع: وفيه قول آخر: إن قوله غير مقبول، لأن بيع الواجد كبيعه في اللازم.

فعلى ما نص عليه الشافعي من قبول قوله: يكون البيع باطلاً ويصير العبد حراً، ويلزم بائعه الواجد أن يرد ثمنه على المشتري سواء باعه في حق المالك أو في حق نفسه. ولو كان الواجد قد باعه في حق المالك وضاع الثمن من يده بغير تفريط، رجع المشتري به على الواجد القابض له، فلم يكن للواجد أن يرجع على المالك بثمن ما قد حكم بنفوذ عتقه.

فأما على القول الذي خرجه الربيع: أن قول المالك فيه غير مقبول، فيكون البيع نافذاً إن حلف المشتري عليه والعبد على رقه للمشتري، ثم ينظر: فإن كان الواجد قد باعه في حق نفسه فله أن يتملك الثمن ما لم يصدق المالك، ولا يلزمه غرم القيمة لادعاء المالك حريته التي يسقط معها استحقاق قيمته.

وإن كان الواجد قد باعه في حق المالك، كان الثمن موقوفاً على يديه بين المشتري والمالك. فإذا عاد المشتري فأكذب نفسه وأقر بالعتق، فله استرجاع الثمن، ويحكم بحرية العبد. وإن عاد المالك فأكذب نفسه وأقر ببقاء الرق، ففي قبول قوله في تملك الثمن وجهان:

أحدهما: لا يقبل قوله في ملك الثمن، كما لا يقبل قوله في استرقاق ما أقرَّ بحريته.

والوجه الثاني: أن يقبل قوله في تملك الثمن وإن لم يقبل قوله في استرقاق ما أقر بحريته، لبقاء الملك على الثمن، وزواله عن الحر، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَيَأْكُلُ اللُّقَطَةَ الغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ وَمَنْ تَحِلُّ لَهُ الصَّدَقَةُ، وَتَحْرُمُ عَلَيْهِ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٥. وتتمة المسألة: «قد أمر رسول الله ﷺ أبي بن كعب رضي الله عنه وهو من أيسر أهل المدينة أو كأيسرهم وجد صُرة فيها ثمانون ديناراً أن يأكلها وأنَّ علياً رضي الله عنه ذكر للنبي ﷺ أنه وجد ديناراً فأمره أن يعرِّفه فلم يعرف فأمره النبي بأكله، فلما جاء صاحبه أمره بدفعه إليه، وعلي

قال الماوردي: وهذا كما قال. يجوز لواجد اللقطة بعد تعريفها حولاً أن يتملكها ويأكلها غنياً كان أو فقيراً.

وقال أبو حنيفة: يجوز له ذلك إن كان فقيراً، ولا يجوز له ذلك إن كان غنياً أن يتملكها، ويكون مخيراً فيها بين أمرين: إما أن تكون في يده أمانة لصاحبها أبداً كالوديعة، وإما أن يتصدق بها، فإن جاء صاحبها وأمضى صدقته فله ثوابها، ولا غرم على الواجد. وإن لم يمض الصدقة فثوابها للواجد، وعليه غرمها استدلالاً بما رواه عن النبي ﷺ أنه قال: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاَّ تَصَدَّقْ بِهَا»[1] وهذا نص.

قال ولأنه مال: يعتبر فيه الحول، فوجب أن يختلف فيه حال الغني والفقير كالزكاة. ولأنه مال مسلم، فوجب ألا يحل إلا لمضطر قياساً على غير اللقطة.

ودليلنا: عموم قوله ﷺ لواجد اللقطة: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاَّ فَشَأْنَكَ بِهَا» يقتضي التسوية بين الغني والفقير.

وروي أن أُبيَّ بن كعب وجد صرة فيها ثمانون ديناراً، وروي: مائة دينار فأخبر بها النبي ﷺ فقال: «عَرِّفْهَا حَوْلاً فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاَّ فَاسْتَمْتِعْ بِهَا» قال الشافعي: وأُبيٌّ من أيسر أهل المدينة، أو كان أيسرهم، ولو لم يكن موسراً لصار بعشرين ديناراً منها موسراً على قول أبي حنيفة، فدل ذلك على أن الفقر غير معتبر فيها وإن الغنى لا يمنع منها.

وروى عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري: أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وجد ديناراً فأتى به إلى النبي ﷺ فقال: يارسول الله وجدْتُ هذا الدينار فقال رسول الله ﷺ: «عَرِّفْهُ ثَلاَثاً» فَعَرَّفَهُ ثَلاَثاً فَلَمْ يَجِدْ مَنْ يَعْرِفُهُ فَرَجَعَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَخْبَرَهُ فَقَالَ: «كُلْهُ أَوْ سَائِلْ بِهِ» فابتاع منه بثلاثة دراهم شعيراً وبثلاثة دراهم تمراً، وقضى عنه ثلاثة دراهم وابتاع بدرهم لحماً، وبدرهم زيتاً، وكان الصرف على أحد عشر درهماً بدينار حتى إذا أكله جاء صاحب الدينار بتعرفه فقال علي عليه السلام: قد أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِأَكْلِه فَانْطَلَقَ صَاحِبُهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَذَكَرَ ذَلِكَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِذَا جَاءَنَا شَيْءٌ أَدَّيْنَاهُ إِلَيْكَ وَكَانَ صَاحِبُ الدِّينَارِ يَهُودِياً»[2].

= رضي الله عنه ممن تحرم عليه الصدقة لأنّه من صلبية بني هاشم». وسبق تخريج حديث أُبي، والأثر عن علي.

(١) حديث أبي هريرة: عند الدارقطني ٤/ ١٨٠ وفي التعليق المغني: رواه البزار في مسنده، وكلاهما ضعيفان.

(٢) البيهقي: ٦/ ١٩٤.

قال الشافعي: وعليٌّ ممن تحرم عليه الصدقة لأنه من طينة بني هاشم، ولو كانت اللقطة تستباح بالفقر دون الغنى لحظرها عليه. ولأن كل من كان من أهل الالتقاط جاز أن يرتفق بالأكل والتملك كالفقير، ولأن ما ثبت للفقير في اللقطة ثبت للغني كالتمسُّك والصدقة. ولأن كل ما استباح الفقير إتلافه بشرط الضمان، استباح الغني إتلافه بشرط الضمان كالقرض. ولا يدخل عليه طعام المضطر لاستوائهما فيه، وقد جعل المضطر أصلاً فيقول: كل ارتفاق بمال الغير إذا كان مضموناً استوى فيه الغني والفقير، كأكل مال الغير للمضطر. ولأنه استباح إتلاف مال الغير لمعنى في المال، فوجب أن يستوي فيه حكم الغني والفقير كالنحل الصائل. ولأن كل ما استبيح تناوله عند الإياس في الأغلب من مالكه، استوى فيه حكم الغني والفقير كالركاز. ولأنه لا يخلو حال اللقطة في يد واجدها من أن تكون في حكم المغصوب، فيجب انتزاعها قبل الحول وبعده من الغني والفقير. أو في حكم الودائع، فلا يجوز أن يتملكها فقير ولا أن يتصدق بها غني، أو حكم الكسب فيجوز أن يتملكها الغني والفقير. ومذهب أبي حنيفة فيها مخالف لأصول هذه الأحكام الثلاثة، فكان فاسداً.

ثم يقال لأبي حنيفة، الثواب إنما يستحق على المقاصد بالأعمال، لا على أعيان الأفعال، لأن صوره في الطاعة والمعصية على سواء، كالمرائي بصلاته. ثم لا يصح أن يكون ثواب العمل موقوفاً على غير العامل في استحقاقه واختلاطه. فأما الجواب عن قوله ﷺ: «تَصَدَّقْ بِهَا» فمحمول على أن الواجد سأله عن ذلك فأذن له فيه.

وأما الزكاة فلا معنى للجمع بينها وبين اللقطة، لأن الزكاة تملك غير مضمون ببدل، واللقطة تؤخذ مضمونة ببدل، فكان الغني أحق بتملكها لأنه أوفى ذمة. وأما ما ذكروه من المضطر فقد جعلناه أصلاً، وبالله التوفيق.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا أُحِبُّ لأَحَدٍ تَرْكَ لُقَطَةٍ وَجَدَهَا إِذَا كَانَ أَمِيناً عَلَيْهَا)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وظاهر قوله ها هنا: «ولا أحب ترك اللقطة» يقتضي استحباب أخذها دون إيجابه.

وقال في كتاب «الأم»: «ولا يجوز لأحد ترك اللقطة إذا وجدها» فكان ظاهر هذا

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٥.

القول يدل على إيجاب أخذها لاختلاف هذين الظاهرين. وكان أبو الحسن بن القطان وطائفة يخرجون ذلك على اختلاف قولين:

أحدهما: أن أخذها استحباب وليس بواجب، على ظاهر ما نص عليه في هذا الموضع، لأنه غير مؤتمن عليها ولا مستودع لها.

والقول الثاني: أن أخذها واجب وتركها مأثم، لأنه كما وجب عليه حراسة نفس أخيه المسلم، وجب عليه حراسة مال أخيه المسلم.

وقال جمهور أصحابنا: ليس ذلك على قولين، إنما هو على اختلاف حالين. فالموضع الذي لا يأخذها إذا كانت تؤمن عليها، ويأخذها غيره ممن يؤدي الأمانة فيها. والموضع الذي أوجب عليه أخذها إذا كانت في موضع لا يؤمن عليها ويأخذها غيره ممن لا يؤدي الأمانة فيها، لما في ذلك من التعاون.

وعلى كلا الحالتين، لا يكره له أخذها إذا كان أميناً عليها. وحكي عن ابن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أَنَّهُمَا كَرِهَا أَخْذَهَا. وروي: أَنَّ شُرَيْحاً مَرَّ بِدِرْهَمٍ فَلَمْ يَعْرِضْ لَهُ وفي هذا القول إبطال التعاون وقطع المعروف. وقد أخذ أبي بن كعب الصرَّة التي وجدها، وأخذ عليّ عليه السلام الدينار وأخبر به النبي ﷺ فلم ينكر ذلك عليهما ولا كرهه لهما.

ويجوز أن يكون المحكي عن ابن عباس وابن عمر فيمن كان غير مأمون عليها، أو ضعيفاً عن القيام بها، ونحن نكره لغير الأمين عليها وللضعيف عن القيام بها أن يتعرض لأخذها، وإنما نأمر به من كان أميناً قوياً فلو تركها القوي الأمين حتى هلكت، فلا ضمان عليه، وإن أساء. فإن أخذها لزمه القيام بها، وإن تركها بعد الأخذ لزمه الضمان. ولو ردها على الحاكم فلا ضمان عليه، بخلاف الضوال في أحد الوجهين لأنه ممنوع من أخذ الضوال فضمنها، وغير ممنوع من أخذ اللقطة فلم يضمنها. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَعَرَّفَهَا سَنَةً عَلَى أَبْوَابِ المَسَاجِدِ وَالأَسْوَاقِ وَمَوَاضِعِ العَامَّةِ، وَيَكُونُ أَكْثَرُ تَعْرِيفُهُ فِي الجُمُعَةِ الَّتِي أَصَابَهَا فِيهَا، فَيَعْرِفُ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا وَوَعْدَهَا وَوَزْنَهَا وَحِلْيَتَهَا وَيَكْتُبُهَا وَيَشْهِدُ عَلَيْهَا)[١].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٥.

قال الماوردي: وهذا كما قال. واجد اللقطة وإن كان مخيراً في أخذها، فعليه بعد الأخذ القيام بها والتزام الشروط في حفظها على مالكها. والشروط التي يؤمر بها أخذ اللقطة، سبعة أشياء جاء النص ببعضها، والتنبيه على باقيها.

أحدها: معرفة عفاصها، وهو ظرفها الذي هي فيه عند التقاطها.

والشرط الثاني: معرفة وكائها وهو الخيط المشدودة به. وبهذين الشرطين جاء النص، ولأنها تتميز بمعرفة هذين عن جميع أمواله فيأمن اختلاطها بها.

والشرط الثالث: معرفة عددها تنبيهاً بالنص، لأن معرفة عددها أحوط من تميزها عن الظرف، لأن الظرف قد يشتبه.

والشرط الرابع: معرفة وزنها ليصير به معلوماً يمكن الحكم به أنه وجب غرمها.

والشرط الخامس: أن يكتب بما وصفناه من أوصافها كتاباً، وأنه التقطها من موضع كذا في وقت كذا، لأنه ربما كان ذكر المكان والزمان مما يذكره الطالب من أوصافها.

والشرط السادس: أن يشهد على نفسه بها شاهدين، أو شاهداً وامرأتين، ليكون وثيقة عليه خوفاً من حدوث طمعه فيها. ولأنه ربما مات ولم يعلم وارثه بها أو غرماؤه، ولئلا يحدث من الورثة طمع. وقد روي في بعض الأخبار أنه قال لواجد اللقطة «وَاشْهِدْ ذَوِي عَدْلٍ»[1].

والشرط السابع: أن يعرفها لأمر النبي ﷺ لواجدها، ولأنه لا طريق إلى علم مالكها إلا بالتعريف لها.

فإذا أكمل حال هذه الشروط السبعة على ما سنذكره من صفة التعريف، فقد أقام بحقوقها. وربما استغنى عن بعض هذه الشروط في بعض اللقطة، لأنه ربما وجد ديناراً أو درهماً فلا يكون له عفاص ولا وكاء، فلا يحتاج إلى معرفتها. والواجب من ذلك كله شرطان متفق عليهما، وثالث مختلف فيه.

أحد الشرطين: المتفق عليهما، تمييزها عن أمواله كلها بأي وجه تميزت به، سواء احتاج معه إلى معرفة عفاص ووكاء أو لم يحتج.

والثاني: التعريف الذي به يصل إلى معرفة المالك وإعلامه.

---

(١) حديث عياض بن حماد: أخرجه البيهقي ٦/١٩٣.

وأما المختلف فيه: فالإشهاد عليها. ولأصحابنا في وجوب الإشهاد على اللقطة والملقوط ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الإشهاد فيهما واجب لما فيه من الوثيقة، وفي تركه من التغرير.

والوجه الثاني: أن الإشهاد فيهما مستحب، لأن الواجد مؤتمن فلم يجب عليه الإشهاد كالوصي والمودع.

والوجه الثالث: أن الإشهاد على التقاط المنبوذ واجب، والإشهاد على أخذ اللقطة ليس بواجب.

والفرق بينهما: أن اللقطة كسب مال، فكان أمرها أخف. واللقيط يتعلق به نسب وإثبات حرية، فكان أمره أغلظ. ألا ترى أن البيع لما كان اكتساب مال لم يجب فيه الشهادة، ولما كان النكاح مفضي إلى إثبات نسب وجبت فيه الشهادة؟.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من شروطها، فسنشرح حال المقصود منها وهو التعريف، والكلام فيه يشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: في مدة التعريف.

والثاني: في مكان التعريف.

والثالث: في صيغة التعريف.

فأما مدة التعريف، فمذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك وجمهور الفقهاء: أنه يعرفها حولاً كاملاً ولا يلزمه الزيادة عليه، ولا يجز به النقصان عنه، وقال شاذ من الفقهاء: يلزمه أن يعرفها ثلاثة أحوال لا يجزيه أقل منها، استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ أَمَرَ وَاجِدَ اللُّقَطَةِ أَنْ يُعَرِّفَهَا حَوْلاً ثُمَّ عَادَ إِلَيْهِ فَأَمَرَهُ أَنْ يُعَرِّفَهَا حَوْلاً[1].

وقال أحمد بن حنبل: عليه تعريفها شهراً واحداً، وروى في ذلك خبراً[2].

وقال آخر: يعرفها ثلاثة أيام استدلالاً بحديث علي عليه السلام أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ بِتَعْرِيفِهَا ثَلاثاً[3].

---

(١) حديث سويد بن غفلة عن سلمة بن كهيل. عند البخاري (٢٤٢٦) ومسلم (١٧٢٣) وسبق تخريجه.

(٢) أخرجه البيهقي ٦/ ١٩٤ وقال: والأحاديث التي وردت في اشتراط التعريف سنة، في جواز الأكل أصح وأكثر، فهي أولى، ويحتمل إنما أباح له إنفاقه قبل مضي سنة لوقوع الاضطرار إليه، وقصة علي تدل على ذلك.

(٣) سبق تخريجه.

والدليل على وجوب تعريفها حولاً حديث زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ قال: «اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاَّ فَشَأْنُكَ بِهَا»[1] وحدثنا أبي بن كعب أن النبي ﷺ أَمَرَهُ بِتَعْرِيفِهَا حَوْلاً[2].

ولأن الحول في الشرع أصل معتبر في الزكاة والحرية، فكان أولى أن يكون معتبراً في اللقطة. ولأن الحول جميع فصول الأزمنة الأربعة، وينتهي إلى مثل زمان وجودها، فكان الاقتصار على ما دونه تقصيراً والزيادة عليه مشقة.

فأما الاستدلال الأول بأن النبي ﷺ أمره أن يعرفها حولاً ثم حولاً ثم حولاً فعنه جوابان:

أحدهما: أنه محمول على من اختار ذلك فسأله عن الجواز دون الوجوب.

والثاني: يحمل على أنه أمره ثلاث مرات أن يعرفها حولاً، فكان الحول واحداً، والأمر به ثلاثاً.

وأما استدلال أحمد على الشهر بالخبر الذي رواه عنه، فمحمول على من بقي من حوله شهر.

وأما من استدل بأنه أمر علياً عليه السلام بأن يعرفه ثلاثاً فعنه جوابان:

أحدهما: حمله على الأمر ثلاثاً بالتعريف على ما تقدم. **والثاني**: أنه أمره بتعريفه بنفسه ثلاثاً ليستكمل غيره مدة التعريف.

والثالث: أنه يجوز أن يكون علم من ضرورته ما أباح له ذلك قبل بلوغ أجله، فإن للمضطر أن يستبيح من مال غيره ما يدفع به ضرورة وقته، وذلك ظاهر من قول بعض الشعراء حيث قال:

إِذَا صَادَفَ الْمَلِكُ دِينَارٌ ... وَقَدْ حَلَّتْ لَهُ عِنْدَ الضَّرُورَاتِ اللُّقَطْ
دِينَارُكَ اللَّهُ تَوَلَّى نَقْشَهُ ... كَذَلِكَ الْحِنْطَةُ مِنْ خَيْرِ الحِنَطْ

فإذا وجب تعريفها حولاً بما ذكرنا، فأول وقت الحول من ابتداء التعريف، لا من وقت الوجود. وليس عليه أن يستديم تعريفها في جميع نهاره، ولكن عليه أن يشيع أمرها في كل يوم بالنداء عليها مرتين أو ثلاثاً، لا سيما في ابتداء الأمر وأوله، ثم يصير التعريف

(١) سبق تخريجه.
(٢) سبق تخريجه.

في كل أسبوع مرتين أو ثلاثاً حتى يصير في الأسبوع مرة لا يقصر عنها. فلو عرفها ستة أشهر ثم أمسك عن تعريفها ستة أشهر، فهو غير مستوف لمدة التعريف، وعليه أن يعرفها ستة أشهر أخرى ليستكمل الحول في تعريفها، ثم ينظر حاله عند إمساكه لها بعد ستة أشهر من تعريفها: فإن كان قد نوى تملكها فقد ضمنها، ولا يصير مالكاً لها. وإن لم ينو تملكها، فهل يصير ضامناً لها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: قد ضمنها، لأن إمساكه عن التعريف تقصير.

والثاني: لا يضمنها، لأن إتيانه بالتعريف يوجب عليه استيفاء جميعه ولا يكون ذلك تقصيراً وهذا قول المزني.

فصل: فأما مكان التعريف ففي مجامع الناس ومحافلهم من البلد الذي وجدها فيه. وإن وجدها واجدها في صحراء قفراً، أو على حادثها من البلاد المقاربة لها. وأمكن تعريفها على أبواب المساجد، فقد سمع رسول الله ﷺ رجلاً ينشد ضالته في المسجد فقال: «أَيُّهَا النَّاشِدُ غَيْرُكَ الْوَاجِدُ» وليكثر من تعريفها في محاط الرجال ومناخ الأسفار وفي الأسواق، فأما الضواحي الخالية فلا يكون إنشادها فيه تعريفاً.

وروى المزني عن الشافعي أنه قال: «ويكون أكثر تعريفها في الجمعة التي أصابها فيه». وروى الربيع عنه أنه قال: «في الجماعة التي أصابها فيها». فكان بعض أصحابنا ينسب المزني إلى الغلط في روايته، وأن الأصح رواية الربيع، لأن الجمعة وغيرها من الأيام في التعريف سواء، وإنما يؤمر بتعريفها في الجماعة التي أصابها فيه. لأن من ضاع منه شيء في جماعة، فالأغلب أنه يلازم طلبه في تلك الجماعة.

وقال سائر أصحابنا: إن كلا الروايتين صحيحة، ولهم في استعمال رواية المزني جوابان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إنه إنما خص يوم الجمعة بكثرة التعريف فيه على سائر الأيام لاجتماع الأباعد فيه واشتهار ما يكون فيه.

والثاني: أن رواية المزني محمولة على أن الواجد أصابها يوم الجمعة، فيكون أكثر تعريفه لها يوم الجمعة. لأنها ربما سقطت ممن كان خارج المصر الذي لا يأتيه إلا في كل

---

(١) سبق تخريجه.

جمعة، ورواية الربيع محمولة على أنه وجدها في جماعة، فيكون أكثر تعريفه لها في تلك الجماعة لأنها الأغلب من بقاع طالبها.

فصل: فأما صفة التعريف، فهو مخير بين أحد أمرين: إما أن يقول: من ضاع منه شيء ولا يذكر جنسه، وهذا أولى الأمرين. وإما أن يذكر الجنس فيقول: من ضاعت منه دراهم، أو من ضاعت منه دنانير، ولا يصفها بجميع أوصافها فينازع فيها.

فإن وصفها بجميع أوصافها من العدد والوزن وذكر العفاص والوكاء، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا ضمان عليه، لأنها لا تدفع إلى الطالب بمجرد الصفة حتى يقيم البينة عليها.

والوجه الثاني: عليه الضمان، لأنه ربما كان الحاكم ممن يرى دفعها بالصفة، فإذا سمعها بالتعريف من تقل أمانته أسرع إلى ادعائها.

وينبغي أن يكون المعرف لها مأموناً غير مشهور بالخلاعة والمزح حتى لا ينسب عند التعريف إلى الكذب والمجون، فإن وجد متطوعاً بالتعريف فهو أولى، وإن لم يجد إلا مستجعلاً فإن تطوع الواجد ببدل جعله من ماله كان محسناً، وإن دفعه ديناً على صاحبها استأذن فيه حاكماً ليصح له الرجوع به، فإن لم يستأذن وهو قادر على استئذانه وأشهد بالرجوع ففيه وجهان:

أحدهما: يرجع.

والثاني: لا يرجع.

فصل: فلو ضاعت اللقطة من الواجد لها، فالتقطها آخر ثم علم الواجد الأول بها، فإن كان ذلك بعد أن تملكها الأول عند استكمال تعريفها حولاً، فالملتقط الأول أحق بها من الثاني لاستقرار ملكه عليها. وإن كان ذلك قبل استكمال الأول لتعريفها حولاً، ففي أحقهما بها وجهان حكاهما ابن كجّ:

أحدهما: الأول، لتقدم يده.

والوجه الثاني: أن الثاني، أحق بها، لثبوت يده. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاَّ فَهِيَ لَهُ بَعْدَ سَنَةٍ عَلَى أَنَّهُ مَتَى جَاءَ صَاحِبُهَا فِي حَيَاتِهِ أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ فَهُوَ غَرِيمٌ إِنْ كَانَ اسْتَهْلَكَهَا)[١].

قال الماوردي: إذا استكمل تعريفها حولاً، كان بعده بالخيار بين: أن يتملكها، وبين أن تكون في يده أمانة، وبين أن يدفعها إلى الحاكم ليحفظها إلى مالكها إمّا بأن يضعها في بيت المال، أو على يد أمين.

وقال عبد الله بن عمر: لا يجوز للواجد بعد تعريف الحول أن يتملكها، بل عليه أن يضعها في بيت المال. وقال مالك: إن كان غنياً جاز له أن يتملكها، وإن كان فقيراً لم يجز لعجز الفقير عن الغرم وقدرة الغني عليه.

وقال أبو حنيفة: يجوز للفقير أن يتملكها دون الغني، وقد مضى الكلام معه.

والدليل على جميعهم قوله ﷺ: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاَّ فَشَأْنُكَ بِهَا»[٢] وروي في بعض الأخبار أنه قال: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاَّ فَهِيَ لَكَ» وَقَدْ أَذِنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِعَلِيِّ عَلَيْهِ السَّلاَمُ أَنْ يَتَمَلَّكَ الدِّينَارَ وَهُوَ لاَ يَجِدُ غُرْمَهُ حَتَّى غَرِمَهُ عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ[٣] فبطل به قول مالك. وأذن لأبي بن كعب أن يتملك الصرة[٤] وهو غني فبطل به قول أبي حنيفة، ولأن الواجد لو منع بعد الحول من تملكها أدى ذلك إلى أحد أمرين:

إما أن لا يرغب الواجب في أخذها، وإما أن تدخل المشقة عليه في استدامة إمساكها، فكان إباحة التمليك لها بعد التعريف أحث على أخذها وأحفظ على مالكها لثبوت غرمها في ذمته فلا تكون معرضة للتلف، وليكون ارتفاق الواجد لا يمنعها في مقابلة ما عاناه في حفظها وتعريفها، وهذه كلها معان استوى فيها الغني والفقير.

ثم مذهب الشافعي: لا فرق بين المسلم والذمي في أخذها للتعريف وتملكها بعد الحول، لأنها سبب يستوي فيها المسلم والذمي.

وقال بعض أصحابنا: لا حق للذمي فيها، فهو ممنوع من أخذها وتملكها، لأنه ليس من أهل التعريف لعدم ولايته على مسلم، ولا ممن يملك مرافق دار الإسلام كإحياء الموات.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٥.

(٢) و(٣) و(٤) سبق تخريج كل منهم.

فصل: فإذا ثبت جواز تملكها بعد الحول لكل واحد من غني أو فقير، فقد اختلف أصحابنا بماذا يصير مالكاً؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يصير مالكاً لها بمضي الحول وحده، إلا أن يختار أن تكون أمانة فلا تدخل في ملكه. وهذا قول أبي حفص بن الوكيل، لأنه كسب على غير بدل، فأشبه الركاز والاصطياد.

والوجه الثاني: أنه يملكها بعض مضي الحول باختيار التملك، فإن لم يختر التملك لم يملك. وهذا قول أبي إسحاق المروزي لأن النبي ﷺ قال: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاَّ فَشَأْنُكَ بِهَا» فرد أمرها إلى اختياره. ولأنه أبيح له التملك بعد الحول بعد أن كان مؤتمناً، فاقتضى ألا ينتقل عن ما كان عليه إلا باختيار ما أبيح له.

والوجه الثالث: أنه لا يملكها بعد مضي الحول إلا بالاختيار والتصرف، وهو ما لم يتصرف غير مالك، لأن التصرف منه كالقبض، فأشبه الهبة.

فصل: فإذا صار مالكها كما ذكرنا، فقد ضمنها لصاحبها. فمن جاء طالباً لها، رجع بها إن كانت باقية وليس للمتملك أن يعدل به مع بقائها إلى بدلها، وإن كانت تالفة رجع ببدلها، فإن كانت ذا مثل رجع بمثلها، وإن كانت غير ذي مثل رجع بقيمتها حين تملكها، لأنه إذ ذاك صار ضامناً لها.

فإن اختلفا في القيمة، فالقول قول متملكها لأنه غارم. فلو كانت عند مجيء صاحبها باقية بعينها لكن قد حدث فيها نماء منفصل، رجع بالأصل دون النّماء لحدوث النماء على ملك الواجد.

فلو عرف الواجد صاحبها، وجب عليه إعلامه بها، ثم ينظر: فإن كان ذلك قبل تملكها فمؤنة ردها على صاحبها دون الواجد، كالوديعة. فإن كان قصد أن يتملكها الواجد، فمؤنة ردها عليه دون صاحبها لبقائها على ملكه، ما لم تصل إلى يد صاحبها.

وقال الكرابيسي: إذا تملك الواجد اللقطة فلا غرم عليه لصاحبها، ولكن له الرجوع بها بعد التملك وإن كانت باقية بعينها، استدلالاً بأن النبيّ ﷺ قال: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلاَّ فَشَأْنُكَ بِهَا»[1] وروي: «وإلا فهي لك» فلم يجعل عليه بدلاً. ولأنه تملك كالركاز، فلما ملك الركاز بغير بدل ملك اللقطة أيضاً بغير بدل.

---

(١) سبق تخريجه.

وهذا قول خالف فيه نص الشافعي وجمهور الفقهاء، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «أَمَرَ عَلِيًّا عَلَيهِ السَّلَامُ بِالْغُرْمِ، فَلَمَّا أَعْسَرَ غَرَمَهُ عَنْهُ»[١] ولأن مقصود اللقطة حفظها على مالكها، وفي إسقاط الغرم استهلاك لها. ولأن ملك المسلم لا يستباح من غير اختياره إلا ببدل، كأكل مال الغير. فأما الركاز فليس المقصود به حفظه على مالكه، ولذلك سقط تعريفه وصار به كسباً محضاً، لذلك وجب خمسة فافترقا.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَسَوَاءٌ قَلِيلُ اللُّقَطَةِ وَكَثِيرُهَا)[٢].

قال الماوردي: وجملة ذلك، أن اللقطة على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما كان له قيمة، وإذا ضاع من مالكه طلبه كالدينار والدرهم، فهذا يجب تعريفه على واجده.

والقسم الثاني: ما كان تافهاً حقيراً لا قيمة له كالثمرة والجوزة، فهذا يجب تعريفه فقد روي أن عمر رضي الله عنه سمع رجلاً يعرف في الطواف زبيبة فقال: «إن من الورع ما يمقته الله»[٣] وأخذ النبيّ ﷺ من الحسن ثمرة وجدها وقال: «لولا أني أخاف أن تكون من ثمر الصدقة لتركتها»[٤].

والقسم الثالث: ما كان له قيمة إلا أنه لا تتبعه نفس صاحبه ولا يطلبه إن ضاع منه كالرغيف والدانق من الفضة اختلف أصحابنا في وجوب تعريفه على وجهين:

أحدهما: يجب لكونه ذا قيمة.

والثاني: لا يجب لكونه غير مطلوب. ثم ما وجب تعريفه من قليل ذلك أو كثيره عرفه حولاً كاملاً لا يجزيه أقل من ذلك في القليل، ولا يلزمه أكثر منه في الكثير.

وقال الحسن بن صالح: تعريف الحول يلزم في عشرة دراهم فصاعداً، وما دون العشرة يعرفه ثلاثة أيام.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) مختصر المزني: ص ١٣٥. وتتمة المسألة: «فيقول: من ذهب له دنانير إن كانت دنانير ومن ذهبت له دراهم إن كانت دراهم، ومن ذهب له كذا ولا يصفها، فينازع في صفتها أو يقول جملة إن في يدي لقطة».

(٣) أخرجه البيهقي ٦/ ١٩٥.

(٤) سبق تخريجه.

قال إسحاق بن راهويه: ما دون الدينار يعرفه جمعة. وقال سفيان الثوري: في الدرهم يعرفه أربعة أيام.

وهذا غير صحيح لقوله ﷺ: «عرفها حولاً» ولم يفرق بين القليل والكثير. وَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ رَجُلاً وَجَدَ سَوْطاً أَنْ يُعَرِّفَهُ حَوْلاً[1]. فأما صفة التعريف فقد مضى الكلام فيها. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ كَانَ محجور عليه بسفهٍ، أَوْ صِغَرٍ ضَمَّنَهَا القَاضِي إِلَى وَلِيِّهِ وَفَعَلَ فِيهَا مَا يَفْعَلُ المُلْتَقِطُ)[2].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا وجد اللقطة محجور عليه بسفه أو صغر أو جنون، لم يجز إقرارها في يده، لأنه منعه الحجر من التصرف في مال نفسه، فأولى أن يمنعه من التصرف في مال غيره. وعلى الولي أن يأخذها من يده ليقوم بتعريفها حولاً، فإن جاء صاحبها دفعها الولي إليه، وإن لم يجيء صاحبها فللولي أن يفعل بها أحظ الأمرين للمولى عليه من تملكها له، أو تركها أمانة لصاحبها، فإن رأى أن يتملكها له جاز لأنها كسب له بوجوده لها وليست كسباً لوليه.

فإن كان المولى عليه صغيراً أو مجنوناً، كان الولي هو الذي يتملكها له، لأن الصبي والمجنون لا يصح منهما قبول تملك، ولذلك لم يصح منهما قبول وصية ولا هبة.

وإن كان سفيهاً، كان هو المتملك لها عن إذن الولي بعد اجتهاده، في أن أحظ الأمرين هو التملك. لأن السفيه لا يمنع من قبول الوصية والهبة، بخلاف الصبي المجنون. ثم إذا جاء صاحبها فغرمها في مال المولى عليه، لدخولها في ملك المولى عليه دون الولي. وإن رأى الولي أن أحظ الأمرين للمولى عليه أن تكون أمانة لصاحبها، لا يكون غرمها مستحقاً في مال المولى عليه، وكانت على حالها أمانة مقرة في يد الولي.

فلو بلغ الصبي أو فاق المجنون، أو فك الحجر عن السفيه فأراد أن يتملكها وينزعها من وليه بعد أن نوى الأمانة فيها، كان ذلك للمولى عليه لأنها من اكتسابه، وهو الآن أقوم بمصالحه. فهذا حكمها إن أخذها الولي من المولى عليه.

---

(١) أخرجه أبو داود في اللقطة (١٧١٧) حديث جابر قال: «رخص أن رسول الله ﷺ في العصا والسوط وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به» وقال: رواه شبابة عن مغيرة عن أبي الزبير، عن جابر، لم يذكر فيه النبي ﷺ.

(٢) مختصر المزني: ص ١٣٥.

فصل: فأما أن يأخذها الولي من يده، فلا يخلو من أن يكون: قد علم بها، أو لم يعلم بها.

فإن علم بها فقد ضمنها لمالكها، وإن لم يعلم بها، لا يلزمه ضمانها. فإن تلفت في يد المولى عليه، لم يخل تلفها من أن يكون: بجناية منه وجب غرمها في ماله، كما يؤخذ من ماله غرم سائر جناياته. وإن كان تلفها بغير جناية منه، ففي وجوب غرمها في ماله وجهان:

أحدهما: يجب، ويكون أخذه لها عدواناً منه.

والثاني: لا يجب الغرم، لأن الولي لو أخذها منه لما وجب في ماله غرمها.

فلو لم تتلف وكانت باقية في يده حتى انفك الحجر عنه وصار رشيداً، فله تعريفها، وهل يكون ضامناً لها في مدة التعريف أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين في غرمها قبل فك الحجر لو تلفت، ثم له بعد الحول أن يتملكها إن شاء.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ كَانَ عَبْداً أُمِرَ بِضَمِّهَا إِلَى سَيِّدِهِ، فَإِنْ عَلِمَ بِهَا السَّيِّدُ فَأَقَرَّهَا في يديه فهو ضامِنٌ لها في رقبة عَبْدِهِ. قال: فيما وضع بخطّه لا أعلمُهُ سُمِعَ منهُ: لا نُحرِّمَ على العبدِ حتى يُعْتَقَ من قبلِ أن له أخذَها. الفصل)[1].

قال الماوردي: وصورتها في عبد أخذ لقطة، فلا يخلو حاله في أخذها من أحد أمرين: إمَّا أن يأخذها لسيده، أو لنفسه.

فإن أخذها لسيده جاز، ولم يتعلق بأخذه لها ضمان لأنه مكتسب لسيده، ويده يد سيده، وعليه أن يعلم بها سيده ليضمنها إليه. فإذا علم بها، أخذها السيد من يده وعرفها حولاً، فإن جاء صاحبها وإلا فالسيد أن يتملكها.

وإن أقرها السيد بعد علمه في يد عبده ليقوم بها وبتعريفها، نظر حال العبد: فإن كان

(١) مختصر المزني: ص ١٣٥. وتتمة المسألة: «فأقرَّها، (قال المزني): «الأول أقيس إذا كانت في الذمة والعبد عندي ليس بذي ذمة» (قال الشافعي) رحمه الله: «فإن لم يعلم بها السيد فهي في رقبته إن استهلكها قبل السنة وبعدها، دون مال السيد، لأن أخذه اللقطة عدوان، إنما يأخذ اللقطة من له ذمة» (قال المزني): «هذا أشبه بأصله، ولا يخلو سيده من أن يكون علمه فإقراره إياها في يده يكون تعدياً، فكيف لا يضمنها في جميع ماله، أو لا يكون تعدياً فلا تعدو رقبة عبده».

ثقة عليها بحيث يجوز أن يكون مؤتمناً عليها جاز، ولا ضمان. وإن كان غير ثقة فالسيد متعد بتركها في يده، وعليه ضمانها في ماله.

وإن كان العبد حين أخذها لنفسه لم يعلمه بها حتى تلفت، فإن كان تلفها بجناية منه ضمنها العبد في رقبته كسائر جناياته، وإن كان تلفها بغير جناية نظر: فإن لم يقدر على إعلام سيده حتى تلفت فلا ضمان عليه، وغرمها هدر. وإن قدر على إعلامه، ضمنها العبد في رقبته، لأنه صار بترك إعلام سيده بها متعدياً.

فصل: فأما إنْ أخذها العبد لنفسه لا لسيده، ففيه قولان:

أحدهما: أن ذلك جائز له ولا يصير به متعدياً، لأن النبيّ ﷺ قال ﴿ذَٰلِكَ مَالُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ﴾[1] فجعلها كسباً، فلم يمنع العبد منه كما لا يمنع من الاصطياد والإحشاش.

وعلى هذا يعرفها العبد حولاً، فإن جاء صاحبها وإلا فلكل واحد من العبد والسيد أن يمتلكها. فإن تملكها العبد وجب غرمها في ذمته كالقرض، وللسيد أخذها منه لأنها من اكتسابه. فلو كان على البعد دين قد تعلق بذمته، لم يكن له صرف اللقطة فيه، لأن ديون العبد مستحقة من كسبه بعد عتقه. وإن تملكها السيد، كان السيد ضامناً لغرمها في ذمته دون العبد.

وإن اتفقا أن تكون أمانة لصاحبها، فللسيد الخيار في أن ينتزعها من يد عبده ليحفظها. فلو تلفت في يد العبد قبل أن يملكها واحد منهما، لم يضمن أمانة، وإن استهلكها العبد لنفسه نظر في استهلاكها لها: فإن كان قبل الحول، ضمنها في رقبته، لأن ذلك عدوان منه. وإن كان بعد الحول، ضمنها في ذمته، لأن ذلك مباح له. فهذا حكم أحد القولين.

فصل: والقول الثاني: أنه لا يجوز للعبد أن يأخذ اللقطة لنفسه، ويكون بأخذها متعدياً لأمرين:

أحدهما: أن في أخذ اللقطة ولاية على صاحبها، وليس العبد من أهل الولايات.

والثاني: أن مقصوده في اللقطة، حفظها على مالكها بالتعريف في الحول وبالذمة

---

(١) حديث عياض بن حمار: أخرجه أبو داود في اللقطة (١٧٠٩) وابن ماجة (٢٥٠٥) والنسائي ٨/ ٢٥٠ والبيهقي ٦/ ١٨٧ و١٩٣ وأحمد ٤/ ٢٦٦ ـ ٢٦٧، والطيالسي (١٠٨١).

المرضية إن تملكت بعد الحول، وليس العبد من هذين، لأنه مقطوع لخدمة السيد عن ملازمة التعريف، وليس بذي ذمة في استحقاق الغرم لتأخيره إلى ما بعد العتق، فلأجل ذلك صار من غير أهلها.

فعلى هذا، للسيد حالتان: حالة يعلم بها، وحالة لا يعلم بها. فإن لم يعلم السيد بها، فالعبد ضامن للقطة إن هلكت في رقبته دون ذمته، لأن أخذه لها جناية منه. وسواء كان تلفها قبل الحول أو بعده، بفعله أو بغير فعله. وإن علم بها السيد، فله حالتان:

إحداهما: أن ينتزعها من يده. فإذا فعل ذلك، سقط ضمانها عن العبد وكانت أمانة في يد السيد.

فإن قيل: فلم سقط ضمانها عن العبد بدفعها إلى السيد، وليس السيد مالكاً لها، وضمان الأموال بالعدوان لا يسقط إلا بردها على المالك.

قيل: لأن السيد مستحق لأخذها. ألا ترى أن العبد لو أخذها لسيده لم يلزمه الضمان؟. فإذا دفعها إلى السيد سقط عنه الضمان. فإذا صح أن ضمانها قد سقط عن العبد بأخذ السيد لها، ففي يد السيد حينئذ وجهان:

أحدهما: أنه يد مؤتمن لا يد ملتقط، وليس له أن يتملكها بعد التعريف لأنه غير الواجد لها، فأشبه الحاكم الذي لا يجوز له بعد التعريف أن يتملكها.

والوجه الثاني: أن يده يد ملتقط، فيجوز له بعد التعريف أن يتملكها، لأن يد عبده كيده.

والحال الثانية: أن لا يأخذها السيد من يد عبده بعد علمه بها، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يأمره السيد بإقرارها في يده، فيستبقيها عن إذن سيده. فإن كان كذا، نظر في العبد: فإن كان ثقة أميناً سقط ضمانها عن العبد بإذن السيد له في الترك، لأن يد العبد كيد سيده، وصار كأخذ السيد، فيكون على ما مضى من الوجهين.

وإن كان العبد غير مأمون، ضمنها السيد، وهل يسقط ضمانها عن رقبة العبد أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: قد سقط لتصرفه فيها عن إذن السيد، وصار ذلك تفريطاً من السيد.

والوجه الثاني: أن ضمانها باق في رقبة العبد، لأنها لم تخرج عن اليد المتقدمة.

والضرب الثاني: أن يقرها السيد في يده من غير أن يأمره فيها، بل يمسك عنها عند علمه لها. فالذي نقله المزني عن الشافعي ها هنا: أن السيد يكون ضامناً لها في رقبة عبده. ونقل الربيع في الأم: أن السيد يكون ضامناً لها في رقبة عبده وسائر ماله.

فاختلف أصحابنا لاختلاف هذين النقلين، فكان أبو إسحاق المروزي حمل ذلك على سهو المزني وغلطه، وجعلها مضمونه على السيد في رقبة عبده وسائر ماله على مارواه الربيع، وزعم أن المزني قد ذكر ذلك في جامعه الكبير، وإن كنت قد قرأته فلم أجد ذلك فيه.

وقال آخرون من أصحابنا: إن اختلاف هذا النقل بعض اختلاف قولي الشافعي، فيكون على قولين:

أحدهما: إن ذلك مضمون في رقبة العبد وحده، لأن رؤية السيد لجناية عبده وتركه لمنفعةٍ لا يوجب عليه ضمان جنايته. ألا ترى أن السيد لو شاهد عبده يقتل رجلاً، أو يستهلك مالاً وقدر على منعه فلم يمنعه، لم يضمن السيد قاتلاً ولا مستهلكاً، ولا يجب إن لم يمنعه غرم، ولا ضمان كذلك على السيد في رقبة عبده وسائر أحواله.

والقول الثاني: إن ذلك مضمون على السيد في رقبة عبده وسائر أمواله، لأن يد السيد لو عادت اللقطة إليها مستحقة لها، فصار تركه في يده عدواناً منه، وليس كالذي يجني عليه عبده أو يستهلك، فلذلك ضمن اللقطة في رقبة عبده وسائر ماله، ولم يضمن جناية العبد وإن علم بها وإلا فمضمونة في رقبته دون سيده.

فإن قيل: فإذا كانت مضمونة على السيد في سائر ماله، فلم خصصتم رقبة العبد بها وهي من جملة ماله؟ قلنا: لأن تعلقها برقبة العبد معين كالجناية، حتى لو كان على السيد دين كان مالك اللقطة أحق برقبة العبد من سائر غرمائه، كما لو جنى، وليس كذلك سائر أمواله، لأن ملك اللقطة وغيرها في الغرم فيها سواء.

وقال آخرون من أصحابنا: ليس اختلاف هذا النقل على اختلاف قولين وإنما هو اختلاف حاليه. فرواية المزني: أنها مضمونة في رقبة عبده، محمولة على أن العبد كان بالغاً عاقلاً فلم يتعلق ضمانها إلا برقبته. ورواية الربيع: أنها مضمونة في رقبة عبده وسائر ماله، محموله على أن العبد كان صبياً أو عجمياً فصار فعله منسوباً إلى سيده بعد العلم به. وهذا حكاه أبو علي بن أبي هريرة، فأما المزني فإنه تكلم على ذلك واختار منه ما قد دخل في توجيه الأقاويل موافقة ومخالفة، فلم يحتجّ إلى الإطالة بذكره.

فصل: فأما إذا أمر السيد عبده بأخذ اللقطة، فأخذها عن أمر سيده، فذلك جائز، لا يتعلق برقبة العبد ضمانها قولاً واحداً. ثم إن كان العبد من أهل الأمانات، لم يضمنها السيد بإقرارها في يد العبد. وإن كان من غير أهلها، ضمنها.

فأما إذا نهاه السيّد عن أخذها فأخذها بعد نهي السيد له، فقد كان أبو سعيد الأصطخري يقول: يضمنها العبد في رقبته قولاً واحداً، لأن نهى السيد قد قطع اجتهاده في أخذها.

وقال سائر أصحابنا: بل يكون على ما مضى من القولين، كما لم ينهه. كالقرض الذي لو منع السيد عبده منه لما كان مضموناً عليه لو فعله إلا في ذمته فلو كان العبد مأذوناً له في التجارة والكسب، فقد اختلف أصحابنا: هل يكون أخذ اللقطة داخلاً في عموم إذنه، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يكون داخلاً فيه. فعلى هذا، لا يضمنها العبد أن أخذها قولاً واحداً.

والوجه الثاني: لا يكون داخلاً في إذنه. فعلى هذا، في ضمانه لها أن أخذها قولان.

فصل: فلو التقط العبد لقطة ثم عتق قبل الحول، فالصحيح أنها تكون كسباً لسيده، وله أن يتملكها دونه، لأن أخذه لها كان وهو عبد وهي تملك بالأخذ، وإنما تعريف الحول شرط.

وقال بعض أصحابنا: تكون كسباً للعبد، لأنها قبل التعريف أمانة، وبعد التعريف كسب. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ كَانَ حُراً غَيْرَ مَأْمُونٍ فِي دِينِهِ، فَفِيهَا قَوْلاَنِ. أَحَدُهُمَا: أَنْ يَأْمُرَ بِضَمِّهَا إِلَى مَأْمُونٍ، وَيَأْمُرَ المَأْمُونَ وَالمُلْتَقِطَ بِالإِنْشَادِ بِهَا. وَالقَوْلُ الآخَرُ: لاَ يَنْزَعُهَا مِنْ يَدَيهِ. وَإِنَّمَا مَنَعْنَا مِنْ هَذَا القَوْلِ، لأَنَّ صَاحِبَهَا لَمْ يَرْضَهُ»)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان واجد اللقطة غير مأمون عليها، ففيه قولان منصوصان:

---

(١) مختصر المزني: ص١٣٥. (قال المزني): «فإذا امتنع من هذا القول لهذه العلة، فلا قول له إلاّ الأول، وهو أولى بالحق عندي وبالله التوفيق». (قال المزني) رحمه الله: «وقد قطع في موضع آخر: بأن على الإمام إخراجها من يده، لا يجوز فيها غيره، وهذا أولى به عندي».

أحدهما: أنها كسب لواجدها، وإن كان غير مأمون كالركاز، فتقرُّ في يده ولا تنتزع منه فعلى هذا، اختلف أصحابنا. هل يضم إليه أمين يراعيها معه حفظاً لها، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنه لا اعتراض عليه فيها بحال، ويكون هو المقيم بحفظها وتعريفها من غير أن يكون لغيره نظر فيها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي الطبري في الافصاح. إن الحاكم يضم إليه أميناً يراعي حفظها في يد الواجد استظهاراً للمالك، وإن لم تنتزع لما تعلق بها من حق الواجد.

والقول الثاني: وهو الأصح واختاره المزني: إن الحاكم ينتزعها من يد الواجد إذا كان غير مأمون عليها، ويدفعها إلى من يوثق به من أمنائه، لأن الحاكم مندوب إلى حفظ الأموال من غاب. ولأن مالكها لم يرض بذمة من هذه حاله، لأن الوصي لما وجب انتزاع الوصية من يده لفسقه مع اختيار المالك له، فلأن يخرج يد الواجد الذي لم يختره أولى.

فعلى هذا القول، إذا أخرجها الحاكم من يده إلى أمين يقوم بحفظها ففي الذي يقوم بتعريفها قولان:

أحدهما: رواه المزني، أن الأمين هو الذي يقوم بتعريفها خوفاً من جناية الواجد في تعريفها.

والقول الثاني في الأم: إن الواجد هو المعرف دون الأمين، لأن التعريف من حقوق التمليك. وليس فيه تقرير لأنها لا تدفع بالصفة. فإذا عرفها حولاً ولم يأت صاحبها، فإن أراد الواجد أن يتملكها سلمت إليه، وأشهد الحاكم عليه بغرمها إذا جاء صاحبها، وإن لم يختر أن يتملكها كانت في يد الأمين.

فصل: فأما إذا كان الواجد لها مأموناً لكنه ضعيف لا يقدر على القيام بها، فإنها لا تنتزع من يده، ولكن يضم الحاكم إليه أميناً يجتمع معه على القيام بها ليقوى به على الحفظ والتعريف.

مسالة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالمَكَاتِبُ فِي اللُّقَطَةِ كَالحُرِّ لِأَنَّ مَالَهُ يُسَلَّمُ لَهُ)[١].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦.

قال الماوردي: وهذا هو الذي نص عليه الشافعي في هذا الموضوع: ان المكاتب في اللقطة كالحر في جواز أخذها وتملُّكها. وقال في الإملاء: إنه كالعبد، في أنه إنْ أخذها لسيده جاز، وإن أخذها لنفسه، فعلى قولين. فاختلف أصحابنا لاختلاف هذين النصين، فبعضهم يخرج ذلك على قولين:

أحدهما: أنه كالحر في جواز أخذها وصحة تملكها، لنفوذ عقوده وتملك هباته.

والقول الثاني: أنه كالعبد، لأن مالك اللقطة لم يرض بذمة من له استرقاق في نفسه بالتعجيز، وإبطال ذمته بالفسخ، وهذه الطريقة هي اختيار أبي إسحاق المروزي.

وقال آخرون من أصحابنا: إن ذلك على أختلاف حالين، فالموضوع الذي قال فيه هو كالحر إذا كانت كتابته صحيحة، والموضع الذي قال هو كالعبد إذا كانت كتابته فاسدة، وهذا اختيار أبي علي الطبري لأنه في الكتابة الصحيحة كالحر في رفع يد سيده عنه، وفي الكتابة الفاسدة كالعبد القن في تصرف سيده فيه.

فصل: فأما المدبر فهو كالعبد القن في اللقطة. وأمّا أم الوالد، فكالعبد في اللقطة، إن أخذتها للسيد جاز، وإن أخذتها لنفسها فعلى قولين:

أحدهما: يجوز. فعلى هذا، يتعلق غرم اللقطة بذمتها إذا اعتقت.

والقول الثاني: لا يجوز. فعلى هذا، إن لم يعلم السيد بهّا فهل يتعلق غرمها بذمة أم الوالد، أم برقبتها؟ على وجهين:

أحدهما: بذمتها، ولا يلزم السيد غرمها.

والثاني: برقبتها وعلى السيد غرمها وافتكاك رقبتها، كما يفعل في جنايتها.

وإن علم السيد بها فعلى ثلاثة أوجه:

أحدها: في ذمتها بعد العتق.

والثاني: في رقبتها، وعلى السيد فكاكها بأقل الأمرين من قيمة اللقطة أو قيمتها.

والثالث: أنها في ذمة السيد يغرمها بجميع قيمتها.

مسألة: **قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالعَبْدُ نِصْفُهُ حُرٌّ، وَنِصْفُهُ عَبْدٌ، فَإِنَّ**

الْتَقَطَ فِي الْيَوْمِ الَّذِي يَكُونُ فِيهِ مُخَلًّى لِنَفْسِهِ، أُقِرَّتْ فِي يَدِهِ وَكَانَتْ بَعْدَ السَّنَةِ لَهُ، كَمَا لَوْ كَسبَ فِيهِ مَالاً كَانَ لَهُ. وَإِنْ كَانَ فِي الْيَوْمِ الَّذِي أَخَذَهَا مِنْهُ، لِأَنَّ كَسْبَهُ فِيهِ لِسَيِّدِهِ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في عبد نصفه حر ونصفه مملوك، وجد لقطة، فلا يخلو حاله من أن يكون مهايأة أو غير مهايأة.

فإن كان غير مهايأة، فنصف إكتسابه له بحق حريته، وعليه نصف نفقته ونصف إكسابه لسيده، وعليه نصف نفقته. وإذا كان هكذا، فنصف اللقطة له بما فيه من الحرية بقيم على تعريفه وبتملكه بعد حوله.

وأما النصف الآخر فهو فيه كالعبد، فإن أخذه لسيده جاز ولم يضمنه، وإن أخذه لنفسه فعلى ما مضى من القولين. وللسيد أخذ ذلك النصف منه دون النصف الذي أخذه لنفسه، فعلى ما مضى من القولين. وللسيد أخذ ذلك النصف منه دون النصف الذي أخذه بحريته، ثم يصيران شريكين فيها يقيمان على تعريفها ويتملكانها بعد حولها.

وإن كان مهايأة، والمهايأة أن يكتسب لنفسه يوماً وعليه نفقته، ولسيدة يوماً مثله وعليه نفقته، فيدخل في المهايأة الأكساب المألوفة، وهل يدخل فيها ما ليس بمألوف من الأكساب كاللقطة والركاز أم على قولين؟.

أحدهما: يدخل فيها وهو أظهرهما، لأنه نوع من الكسب. فعلى هذا، إن وجدها في يوم نفسه فهو فيه كالحر، يجب عليه تعريفها، ويجوز له تملكها. وإن وجدها في يوم سيده، فهو فيها كالعبد المملوك جميعه، فإن أخذها لسيده جاز، وإن أخذها لنفسه فعلى ما مضى من القولين. فهذا حكم دخولها في المهايأة.

والقول الثاني: أنها لا تدخل في المهايأة ولا المكاسب النادرة، لأنها قد توجد في أحد الزمانين دون الآخر، فيصير أحدهما مختصاً في زمانه بما لا يساويه الآخر في زمانه فعلى هذا، يكون في اللقطة كغير المهايأة على ما مضى، وهكذا حكمه لو كان أقله الحر أو أكثر مملوكاً.

فأما المملوك بين شريكين، فإن لم يكن بينهما فيه مهايأة، اشتركا في قيمة اللقطة. وإن كان بينهما فيه مهايأة، ففي دخول اللقطة في مهايأتها قولان على ما مضى.

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَيُفْتِي الْمُلْتَقِطُ إِذَا عَرَفَ الرَّجُلُ الْعِفَاصَ وَالْوِكَاءَ وَالْعَدَدَ وَالْوَزْنَ، وَوَقَعَ فِي نَفْسِهِ أَنَّهُ صَادِقٌ أَنْ يُعْطِيَهُ، وَلاَ أُجْبِرُهُ عَلَيْهِ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ، لأَنَّهُ قَدْ يُصِيبُ الصِّفَةَ بِأَنْ يَسْمَعَ الْمُلْتَقِطَ يَصِفُهَا[١].

قال الماوردي: وصورتها في رجل ادعى لقطة في يد واجدها، فإن أقام البينة العادلة على ملكها وجب تسليمها له، وإن لم يقم بينة لكن وصفها، فإن أخطأ في وصفها لم يجز دفعها إليه، وإن أصاب في جميع صفاتها من العفاص والوكاء والجنس والنعت والعدد والوزن، فإن لم يقع في نفسه صدقه لم يدفعها إليه، وإن وقع في نفسه أنه صادق وأفتيناه بدفعها إليه جوازاً لا واجباً. فإن امتنع عن الدفع، لم يجبر عليه وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك وأحمد: يجبر على دفعها إليه بالصفة، استدلالاً لقوله ﷺ: «**إعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء طالبها أو قال باغيها فادفعها إليه**». فلما أخبر بمعرفة العفاص والوكاء، دل على أنه كالبينة في الاستحقاق.

وروى سويد بن غفلة أن النبي ﷺ قال: «**فَإِنْ جَاءَ بَاغِيهَا فَعَرَّفَكَ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ**»[٢]. وهذا نص.

قالوا: ولأن كل أمارة غلب بها في الشرع صدق المدعي، جاز أن يوجب قبول قوله كالقسامة.

قالوا: ولأن البينات في الأصول مختلفة، وما تعذر منها في الغائب مخفف كالنساء المنفردات في الولادة، وإقامة البينة على اللقطة متعذر، لا سيما على الدنانير والدراهم التي لا تضبط أعيانها، فجاز أن تكون الصفة التي هي غاية الأحوال الممكنة أن تكون بينة فيها.

ودليلنا قوله ﷺ: «**لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعَاوِيهِمْ لادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ، لَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي واليمين على الْمُدَّعَى عَلَيْهِ**»[٣]، فلم يجعل الدعوى حجة، ولا جعل

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦. ومعنى قوله ﷺ: «اعرف عفاصها ووكاءها» والله أعلم. «لأن يؤدي عفاصها ووكاءها معها، وليعلم إذا وضعها في ماله أنها لقطة، وقد يكون ليستدل على صدق المعرف. أرأيت لو وصفها عشرة، أيعطونها ونحن نعلم أن كلهم كاذب إلا واحداً بغير عينه، فيمكن أن يكون صادقاً».

(٢) حديث زيد بن خالد: أخرجه أبو داود (١٧٠٨) وقال: وهذه الزيادة التي زادها حماد بن سلمة في حديث سلمة بن كهيل ويحيى بن سعيد، وعبيد الله بن ربيعة ليست بمحفوظة والبيهقي ٦/ ١٨٠.

(٣) حديث ابن عباس: أخرجه الشافعي في المسند ٢/ ١٨٠ ـ ١٨١ والبخاري في الرهن (٢٥١٤) والشهادات

مجرد القول حجة بينة. ولأن صفة المطلوب لا تكون بينة للطالب كالمسروق والمغصوب، ولأن صفة المطلوب من تمام الدعوى، فلم يجز أن تكون بينة للطالب قياساً على الطلب.

قال الشافعي رحمه الله محتجاً عليهم: أرأيت لو وصفها عشرة، أيعطونها ونحن نعلم أن كلهم كذبة إلا واحداً بعينه؟ فرد عليه ابن داود فقال: كما لو ادعاها عشرة وأقام كل واحد عليها بينة نقسمها بينهم، وإن كان صدق جميعهم مستحيلاً؛ كذلك إذا وصفوها كلهم. والجواب عن هذا من وجهين:

أحدهما: أن كذب المدعي أسقط للدعوى من كذب الشهود. ألا ترى أن إكذاب المدعي لنفسه مبطلاً للدعوى، وإكذاب الشهود لأنفسهم غير مبطل للدعوى؟.

والثاني: أن البينة هي أقصى ما يقدر عليه المدعي، وأقوى ما يحكم به الحاكم، فدعت ضرورة الحاكم في البينة إلى ما لم تدعه من الصفة.

وأما الجواب عن قولهم «اعرف عفاصها ووكاءها» فهو: أن ذلك لا لدفعها بصفة العفاص والوكاء ووجوب رده معه، ولكن لمعان هي أخص بمقصود اللفظ:

منها: أنه نبه بحفظ العفاص والوكاء ووجوب رده مع قلته وندارته، على حفظ ما فيه ووجوب رده مع كثرته.

ومنها: أن يتميز بذلك عن ماله.

ومنها: جواز دفعها بالصفة وإن لم يجب. وعلى هذا حمل حديث سويد بن غفلة الذي جعلوه نصاً.

وأما استدلالهم به، فنحن ما جعلنا الأمارة على الصدق حجة في قبول الدعوى، وإنما الأيمان بعدها حجة، وهم لا يقولون بذلك في اللقطة بعد الصفة، فدل على اختلافها.

وأما استدلالهم بأن البينات في الأصول مختلفة، فصحيح وليس من جميعها بينة تكون بمجرد الصفة، ولا يكون تعذر البينة موجباً أن تكون الصفة بينة. ألا ترى أن السارق تتعذر إقامة البينة عليه ولا يكون صفة ما بيده لمدعي سرقته حجة؟.

= (٢٦٦٨) والتفسير (٤٥٥٢) ومسلم في الأقضية. (١٧١١) (٢) وأبو داود (٣٦١٩) والترمذي (١٣٤٢) والنسائي ٨/ ٢٤٨ والبيهقي ١٠/ ٢٥٢ وأحمد ١/ ٣٤٣ و٣٥١ والبغوي (٢٥٠١).

فصل: فإذا ثبت أنه دفعها بالصفة لا يجب، فدفعها بالصفة وسعت ذلك إذا لم يقع في نفسه كذبه. فإن أقام غير البينة عليها بشاهدين، أو شاهد وامرأتين، أو شاهد ويمين، كان مقيم البينة أحق بها من الأخذ لها بالصفة. فإن كانت باقية في يد الواصف لها انتزعت منه لمقيم البينة. وإن كان قد استهلكها، نظر في الدافع لها: فإن كان قد دفعها بحكم حاكم رأى ذلك مذهباً، فلا ضمان على الدافع، ورجع مقيم البينة بغرمها على الأخذ لها بالصفة. وإن كان قد دفعها بغير حكم حاكم، فلصاحب البينة الخيار في الرجوع بغرمها على من شاء من الدافع الملتقط، أو الأخذ الواصف.

فإن رجع بها على الأخذ لها بالصفة، فله ذلك لضمانه لها باليد واستحقاق غرمها بالإتلاف، وقد برىء الدافع لها من الضمان لوصول الغرم إلى مستحقه، وليس للغارم أن يرجع بما غرمه على الدافع، لأنه إن كان مستحقاً عليه، فمن وجب عليه حتى لم يرجع به على أحد، وإن كان مظلوماً به فالمظلوم بالشيء لا يجوز أن يرجع به على غير ظالمه.

وإن رجع مقيم البينة بغرمها على الدافع الملتقط، نظر في الدافع: فإن كان قد صدق الواصف لها على ملكها وأكذب الشهود لصاحب البينة عليها، فليس له الرجوع بغرمها على الأخذ لها بالصفة، لأنه مقر أنه مظلوم بالمأخوذ منه، فلا يرجع به على غير من ظلمه. وإن لم يكن قد صدق الواصف ولا أكذب الشهود، فله الرجوع بالغرم على الأخذ لها بالصفة لضمانه لها بالاستهلاك، فتكون البينة موجبة عليه وله.

مسألة: **قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ كَانَتِ اللُّقَطَةُ طَعَاماً رطْباً لَا يَبْقَى، فَلَهُ أَنْ يَأْكُلَهُ إِذَا خَافَ فَسَادَهُ، وَيَغْرِمَهُ لِرَبِّهِ. وَقَالَ: فِيمَا وَضَعَهُ بِخَطِّهِ لَا أَعْلَمُهُ سُمِعَ مِنْهُ، إِذَا خَافَ فَسَادَهُ أَحْبَبْتُ أَنْ يَبِيعَهُ وَيُقِيمَ عَلَى تَعْرِيفِهِ. قَالَ الْمُزَنِيُّ: هَذَا أَوْلَى الْقَوْلَيْنِ بِهِ)**[1].

قال الماوردي: أما الطعام الرطب فضربان:

أحدهما: أن يكون مما ييبس فيبقى كالرطب الذي يصير خمراً، والعنب الذي يصير زبيباً، فهذا حكمه حكم غير الطعام في وجوب تعريفه واستبقائه. فإن احتاج تجفيفه إلى مؤنة، كانت على مالكه، ويفعل الحاكم أحط الأمرين للمالك من بيعه أو الإنفاق عليه.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦، وتتمة المسألة: «لأن النبي ﷺ لم يقل للملتقط شأنك بها إلا بعد سنة، إلا أن يكون في موضع مهلكه كالشاة، فيكون له أكله، ويغرمه إذا جاء صاحبه».

والضرب الثاني: أن يكون مما لا يبقى كالطعام الذي يفسد بالإمساك، كالهريسة والفواكه والبقول التي لا تبقى على الأيام، فقد حكى المزني عن الشافعي ها هنا أنه قال في موضع: يأكله الواجد. وقال في موضع آخر: أحببت أن يبيعه. فاختلف أصحابنا، فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وطائفة من أصحابنا يخرجونه على قولين:

أحدهما: لواجده أكله، كالشاة التي لما تعذر استبقاؤها أبيح لواجدها أكلها.

والقول الثاني: ليس لواجده أكله، بخلاف الشاة التي لا يجب تعريفها، فأبيح له أكلها. والطعام وإن كان رطباً يجب تعريفه، فلم يستبح واجده أكله.

وحكى أبو علي بن أبي هريرة: أن ذلك على اختلاف حالين إن كان الحاكم موجوداً يقدر على بيعه، لم يكن لواجده أكله. وإن كان معدوماً، جاز أكله.

وكان أبو القاسم الصيمري رحمه الله يقول: اختلاف حاليه في إباحة أكله معتبر بحال واجده، فإن كان فقيراً محتاجاً استباح أكله، وإن كان غنياً لم يستبحه.

فصل: فإذا قلنا: بجواز أكله، فأكله صار ضامناً لقيمته، وعليه تعريف الطعام حولاً. وهل يلزمه عزل قيمته من ماله عند أكله أم لا؟ على قولين:

أحدهما: يلزمه عزل القيمة لئلا يصير متملكاً للقطة يجب تعريفها قبل حولها.

والقول الثاني: لا يجب عليه عزلها، لأنه لو عزلها فهلكت كانت من ماله، فكانت ذمته أحظ لها، ولم يكن عزلها مفيداً.

ومن قال بالأول، جعل فائدة عزلها لو أفلس بعد عزل قيمتها ثم حضر المالك، كان أولى بالمعزول من قيمتها من جميع الغرماء، وزعم أن تلفها من يده بعد وجوب عزلها، لا يوجب عليه غرمها فصار في ضمانه للثمن إن تلف بعد وجوب عزله وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن أبي هريرة، أنه يكون مضموناً عليه.

والثاني: وهو أشبه، أنه لا ضمان عليه، لأن الثمن مع وجوب عزله يقوم مقام الأصل مع بقائه.

فصل: وإذا قلنا: لا يجوز له أكله، فعليه أن يأتي الحاكم حتى يأذن له في بيعه، ولا يجوز أن يتولى بيعه بنفسه مع القدرة على استئذان الحاكم. بخلاف الشاة إذا وجدها وأراد

بيعها، لأن يده على الشاة أقوى لما استحقه عاجلاً من أكلها، ويده على الطعام أضعف لما وجب عليه من تعريفه. فإن أعوزه إذن الحاكم، جاز بيعه. فلو باعه بإذن الحاكم، كان الثمن في يده أمانة، وعليه تعريف الطعام حولاً. فإن جاء صاحبه، فليس له إلا الثمن دون القيمة. ولو لم يأت صاحبه، فللواجد أن يتملك الثمن. ولو هلك الثمن في يده قبل الحول أو بعده، وقبل التملك لو كان تالفاً من مال ربه، ولا ضمان على الملتقط. وهكذا حكم الثمن لو كان الواجد هو البائع عند إعواز الحاكم.

فأما إن باعه مع وجود الحاكم، فبيعه باطل، وللمالك القيمة دون الثمن لفساد العقد. فإن تلف الثمن من يد الواجد قبل الحول، كان عليه غرمه لتعديه بقبضه مع فساد بيعه. فإن حضر المالك والثمن بقدر القيمة من غير زيادة ولا نقص، أخذه وهو مبلغ حقه. وإن كان أقل، فله المطالبة بإتمام القيمة، ويرجع على المشتري، لأن المشتري لما اشترى شراءاً فاسداً فكان ضامناً للقيمة دون المسمى، إلا أن يشاء المالك أن يسامح بفاضل القيمة، فيكون الباقي منه مردوداً على المشتري، إذ ليس يلزمه إلا القيمة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَقَالَ فِيمَا وَضَعَ بِخَطِّهِ لَا أَعْلَمُهُ سُمِعَ مِنْهُ: إِذَا وَجَدَ الشَّاةَ أَوِ الْبَعِيرِ أَوِ الدَّابَّةَ أَوْ مَا كَانَتْ بِالْمِصْرِ أَوْ فِي قَرْيَةٍ، فَهِيَ لُقَطَةٌ يُعَرِّفُهَا سَنَةً)[١].

قال الماوردي: قد مضى حكم ضوال الإبل والغنم إذا وجدها في الصحراء. فأما إذا وجدها في المصر أو في القرية، فالذي حكاه المزني فيما وجده بخطه: أنها لقطة له أخذها، وعليه تعريفها حولاً. وحكي عن الشافعي في «الأم»: أنها في المصر والصحراء سواء يأكل الغنم ولا يعرض للإبل، فاختلف أصحابنا: فمنهم من خرج ذلك على قولين:

أحدهما: أن المصر كالبادية، يأكل الغنم ولا يعرض للإبل، وهو المحكي عنه في «الأم» لعموم قوله ﷺ: «**ضَالَّةُ الْمُؤْمِنِ حَرَقُ النَّارِ**»[٢].

والقول الثاني: إنها لقطة يأخذ الغنم والإبل جميعها، ويعرفها كسائر اللقط حولاً كاملاً، وهو الذي حكاه المزني عنه، وفيما لم يسمع منه لأن قوله ﷺ في ضوال الإبل: «**معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر**» يختص بالبادية التي يكون فيها الماء والشجر دون المصر، وهي تمنع صغار السباع عن أنفسها في البادية، ولا تقدر على منع

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦.
(٢) سبق تخريجه في أول الكتاب.

الناس في المصر. والشاة تؤكل في البادية، لأن الذئب يأكلها، وهو لا يأكلها في المصر. فاختلف معناهما في البادية والمصر، فاختلف حكمهما.

ومن أصحابنا من حمل جواز أخذها على تسليمها إلى الإمام، وحمل المنع من أخذها على سبيل التملك.

فصل: فإن قلنا: إن حكم البادية والمصر سواء، فله أخذ الغنم وأكلها، وليس يتعرض للإبل إلا أن يعرف مالكها.

وإذا قلنا: إن حكم المصر يخالف البادية للمعنى الذي ذكرنا، فله أخذ الإبل والغنم جميعاً، ويكونان لقطة يلزم تعريفها حولاً. فإن تطوع الواجد بالإنفاق عليها، لم يرجع بما ينفق. وإن أبى أن يتطوع بها، أتى الحاكم حتى يجتهد الحاكم رأيه في الأحظ لصاحبها في أحد ثلاثة أمور:

إما: أن يرى الاقتراض على صاحبها في الإنفاق عليها، أو يرى بيعها لصاحبها ليكفي مؤنة النفقة عليها، أو يرسلها في الحمى إن كان لضوال المسلمين حمى. ثم يقوم الواجد على تعريفها، إلا أن يدفعها إلى الإمام رافعاً ليده عنها، فيسقط عنه حكم تعريفها، وإلا فما كان مقيماً على التقاطها فتعريفها حولاً واجب عليه. فإن جاء صاحبها سلمت إليه إن كانت باقية بعد أن يدفع النفقة إن كان بأمر الحاكم، وإن بيعت سلم إليه ثمنها دون القيمة باعها حاكم أو بأمره. وإن كان الواجد هو البائع لها، فلصاحبها قيمتها دون الثمن لفساد بيعه، إلا أن يقدر على استئذان حاكم فيجوز بيعه. وإن لم يأت صاحبها بعد الحول، فهل لواجدها أن يتملكها؟ على ثلاثة أوجه حكاها ابن أبي هريرة:

أحدها: يجوز له أن يتملكها اعتباراً بحكم اللقطة.

والوجه الثاني: لا يجوز له أن يتملكها، لقوله ﷺ: «ضَالَّةُ الْمُؤْمِنِ حَرَقُ النَّارِ».

والوجه الثالث: إن كان قد أنفق عليها جاز له أن يتملكها، وإن لم ينفق عليها لم يجز أن يتملكها ليكون ذلك أحث على الإنفاق وأرفق بالفريقين.

فصل: إذا ترك الرجل الدابة أو البعير حسراً في الصحراء لعجزه عن السير، وعجز المالك عن حمله أو المقام عليه، فمر به رجل فأحياه بمقامه عليه ومراعاته له حتى عاد إلى حاله في السير والعمل، فقد اختلف الفقهاء في حكمه:

فحكي عن الليث بن سعد والحسن بن صالح: أنه يكون لآخذه ومحييه دون تاركه، إلا أن يكون تاركه تركه ليعود إليه، فيكون التارك أحق به.

وقال أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه: إن آخذه المحيي له أحق من تاركه بكل حال، سواء تركه ليعود إليه أم لا.

وقال مالك بن أنس: هو على ملك تاركه دون آخذه، لكن لآخذه الرجوع بما أنفق.

ومذهب الشافعي رحمه الله: أنه على ملك تاركه، وليس لواجده الرجوع بنفقته لقوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[1] ولأنه لو عالج عبداً قد أشرف على الهلاك بالمرض حتى ولو استنقذ مالاً من غرق أو حريق لم يملكه، فكذا البهيمة.

وحكي عن الحسن البصري: أن من أخرج متاعاً قد غرق في البحر، فلقد ملكه على صاحبه.

وهذا شاذ من القول مدفوع بالخبر والإجماع، ولكن لو وجد في البحر قطعة عنبر في الموضع الذي يجوز أن يوجد فيه كانت ملكاً لواجدها في البر، كانت لقطة لعلمنا بحصول اليد عليها قبله، إلا أن يكون على السّاحل نضب الماء عنها، فتكون ملكاً لواجدها، لجواز أن يكون الماء قد ألقاها حين نضب.

وهكذا لو صاد سمكة من البحر، فوجد في جوفها قطعة عنبر كانت للصياد إذا كان بحراً، قد يجوز أن يوجد فيه العنبر. فأما الأنهار وما لا يكون من البحار، فإنها تكون لقطة. وهكذا الياقوت والمرجان، إلا أن يكون مصنوعاً أو مثقوباً فيكون لقطة.

فأما اللؤلؤ، فلا يكون في البحر إلا مع صدفه، فإن وجد فيه كان ملكاً لواجده، وإن وجد خارجاً عن صدفه كان لقطة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذْ حَرَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ضَوَالَّ الإِبِلِ، فَمَنْ أَخَذَهَا ثُمَّ أَرْسَلَهَا ضَمِنَ)[2].

قال الماوردي: وهذا قد مضى، وذكرنا: أن ضوال الإبل في الصحراء لا يجوز لواجدها أخذها إلا في إحدى حالتين:

إما أن يكون الإمام قد ندبه لأخذ الضوال حفظاً لها على أربابها، كما يفعله الإمام في

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) مختصر المزني: ص ١٣٦.

المصالح من حفظ الأموال. وإما أن يكون الواجد عارفاً لصاحبها فيأخذها ليردها عليه من غير احتياج إلى تعريف، فيجوز حينئذ للواجد في هاتين الحالتين أن يأخذها.

أما الحال الأولى: فلما عليه من العمل فيما ندب إليه.

وأما الحال الثانية: فمستحب لما أمر الناس به من التعاون، إلا أن يقول بوجوب أخذ اللقطة إذا خيف هلاكها، فيصير حينئذ واجباً.

فإن أخذها الواجد في غير هاتين الحالتين كان متعدياً، وصار لذلك ضامناً. فإن تلفت وجب غرمها عليه، وإن رفع يده عنها فله في رفع يده ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يردها على مالكها، فيسقط الضمان عنه.

والحال الثانية: أن يرسلها من يده. فعليه الضمان سواء أرسلها حيث وجدها أو في غيره.

وقال مالك وأبو حنيفة: إن أرسلها حيث وجدها، سقط الضمان عنه. ولا أدري ما يقولانه في إرسالها في غير موضع وجودها، وبنيا ذلك على أصلها في ضامن الوديعة بالتقصير إذا كف عنه زال عنه ضمانها. واستدلالاً بأن ضمان الصيد على المحرم يسقط بإرساله، فكذلك ضمان الضوال بالأخذ يسقط بالإرسال.

وهذا جمع مفترق واستدلال فاسد وأصل منازع، لأن الصيد يضمن على المحرم في حق الله تعالى. فإذا أرسله صار كعوده إلى مستحقه، وليس الضوال كذلك، لأنها تضمن في حق آدمي فلم يكن إرسالها عود إلى مستحقها. ألا ترى أن الصيد لو كان ملكاً لآدمي فضمنه المحرم، ثم أرسله سقط عنه حق الله تعالى في الجزاء، ولم يسقط عنه حق الآدمي في الغرم؟.

والحال الثالثة: أن يدفعه إلى الإمام أو الحاكم، ففي سقوط الضمان عنه وجهان:

أحدهما: يسقط كعودها إلى يد النائب عن الغائب.

والوجه الثاني: أن الضمان لا يسقط لتعدي الواجد بالأخذ.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ جُعْلَ لِمَنْ جَاءَ بِآبِقٍ وَلاَ ضَالَّةٍ أَنْ يجْعَلَ لَهُ وَسَوَاءٌ مَنْ عَرِفَ بِطَلَبِ الضَّوَالِّ وَمَنْ لاَ يَعْرِفُ بِهِ)[٢].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦.

قال الماوردي: وهذا كما قال. وليس يخلو من رد آبقاً أو ضالة من أحد أمرين: إما أن يردها بأمر مالكها، أو بغير أمره.

فإن رد ذلك بغير أمر المالك، فقد كان ضامناً باليد، وسقط عنه الضمان بالرد، ولا أجرة له سواء كان معروفاً بطلب الضوال ومن لا يعرف.

وقال مالك: إن كان معروفاً بطلب الضوال فله أجرة المثل في العبد والبهيمة، وإن كان غير معروف بذلك فلا شيء له.

وقال أبو حنيفة: إن كان المردود عبداً أو أمة، فله الرّد من مسافة ثلاثة أيام فصاعداً أربعون درهماً، وإن رده من أقل من مسافة ثلاثة أيام فله أجرة المثل، ولا شيء له في رد البهيمة. وسواء كان برد الضوال معروفاً أو غير معروف، استدلالاً منهما على اختلاف مذهبيهما بما روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ جَعَلَ لِمَنْ رَدَّ آبِقَاً مِنْ خَارِجِ الْحرم دِيناراً. وروى أصحاب أبي حنيفة تارة موقوفاً على ابن مسعود، وتارة هكذا عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ رَدَّ آبِقاً فَلَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمَاً»[(١)].

وروي أن رجلاً رد ضالة لرجل، فقال الناس: لقد حاز أجراً عظيماً فقال ابن مسعود: وله مع ذلك أربعون درهماً وكان من مسيرة ثلاثة أيام. وروي عن عمر وعلي رضوان الله عليهما أنهما قالا: مَنْ رَدَّ آبِقَاً فَلَهُ عَشْرَةُ دَرَاهِم[(٢)]. وليس لهم في الصحابة مخالف، فصار ذلك منهما إجماعاً على استحقاق الجعل.

قالوا: ولأنه حكم موضوع على ما أدى إلى حفظها ورفق أربابها فيها، فلو منح الراد لها من جعل يستحقه عليها، لامتنع الناس من ردها، ولأدى ذلك إلى تلفها ولحوق المشقة الغالبة في طلبها.

ودليلنا عموم قوله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ» ولأن المنافع

---

(١) أخرج البيهقي ٦/ ٢٠٠ عن ابن عمر قال: قضى رسول الله ﷺ في العبد الآبق يوجد في الحرم بعشرة دراهم. وهذا ضعيف. والمحفوظ حديث ابن جريج، عن ابن أبي مليكة وعمرو بن دينار قالا: جعل رسول الله ﷺ في الآبق يوجد خارجاً من الحرم عشرة دراهم وهذا منقطع.
وأخرجه عن علي موقوفاً: في جعل الآبق دينار، قريباً أخذ أو بعيداً، وعن سعيد بن المسيب. وعن ابن مسعود: كان يقول: إذا خرج من المصر فجعله أربعون: وراجع الزيلعي ٣/ ٤٧٠ وقال عنه: مرسل.

(٢) البيهقي: ٦/ ٢٠٠ ـ ٢٠١.

كالأعيان بل أضعف، فلما كان لو استهلك أعياناً في رد ضالة من طعام أو علف، لم يستحق به عوضاً، فإذا استهلك منافع نفسه فالأولى أن لا يستحق بها عوضاً.

وتحريره قياساً: أن ما تطوع باستهلاكه في الضوال لم يرجع بعوضه كالأعيان، ولأنه لو أوصل المالك إلى ملكه لم يستحق به عوضاً، فكذلك إذا أوصل الملك إلى مالكه لم يستحق به عوضاً، لتطوعه في كلا الحالين.

وتحريره: أنه جمع بين المالك وملكه تطوعاً، فوجب أن لا يستحق به عوضاً، كما لو أوصل المالك إلى ملكه.

والدليل على مالك خاصة: أن من تطوع باصطناع معروف لم يستحق به جعلاً كغير المعروف.

ومن الدليل على أبي حنيفة خاصة: أن استحقاق الجعل على رد العبد، لا يخلو من أن يكون لكونه ملكاً، أو لكونه آدمياً. فإن كان لكونه ملكاً، بطل استحقاقه، وذلك لكونه ملكاً. لأنه لو رد بهيمة أو لقطة لم يستحق شيئاً، ولم يجز أن يستحق ذلك لكونه آدمياً. لأنه لو رد صبياً قد ضاع لم يستحق شيئاً، فبطل بهذين أن يستحق في رد العبد شيئاً.

قال: أما الجواب عما رواه عن النبي ﷺ أو ذكروه من إجماع الصحابة رضي الله عنهم، فقد قال أحمد بن حنبل: لم يصح عن النبي ﷺ ولا عن الصحابة شيء منه، ولو صح لكان محمولاً على أحد وجهين: إما على اشتراط ذلك لمن جاء به خاصة قبل المجيء ليصير مستحقاً للجعل بالشرط، وإما لتقرير بأجرة المثل في الجعالة الفاسدة. وأما ما ذكروه من الارفاق والمصلحة، فمنتقض بالطعام والعلف.

فصل: فأما رد الضالة عن إذن مالكها، فضربان:

أحدهما: أن يجعل له عند الأمر بردها عوضاً، فذلك مستحق. فإن كان عوضاً معلوماً وعقداً صحيحاً استحقه، وإن كان عوضاً مجهولاً وعقداً فاسداً، استحق أجرة المثل قال الله تعالى: ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[1] وكان حمل البعير عندهم معلوماً كالوسق.

والضرب الثاني: أن لا يذكر مع الأمر بالرد عوضاً لا صحيحاً ولا فاسداً، بل قال له

---

(١) سورة يوسف، الآية: ٧٢.

فلان: جئني بعبدي الآبق فقد اختلف أصحابنا: هل يستحق عليه أجرة مثله بمجرد الأمر، أم لا؟ على أربعة أوجه.

أحدها: وهو مذهب الشافعي: أنه لا أجرة له، سواء كان معروفاً بأخذ الأجرة على ذلك أو لا، لتردد الأمرين بين احتمال تطوع واستعجال.

والوجه الثاني: وهو مذهب المزني: له أجرة المثل، سواء كان معروفاً بذلك أو غير معروف، لاستهلاك منافعه بأخذه.

والوجه الثالث: وهو مذهب ابن سريج: إنه كان معروفاً بذلك فله أجرة المثل، وإن كان غير معروف فلا أجرة له اعتباراً.

والوجه الرابع: وهو مذهب أبي أسحاق المروزي: أنه إن ابتدأه مالك العبد بالأمر فعليه أجرة المثل، وإن استأذنه الجاني بالضالة فأذن له، فلا أجرة له اقتصاراً على حكم أسبق الحالين.

فصل: فلو اختلف مالك الضالة ومن ردها في الإذن، فقال المالك: رددتها بغير إذن فأنت متطوع بغير أجر، وقال من ردها: بل رددتها عن أمرك بأجر، فالقول قول المالك مع يمينه لبراءة ذمته. ولو اتفقا على الإذن بالأجر في عين العبد المأذون برده، وقد رد عليه عبده سالماً، وادعى الآخر نفيه، فقال المالك: بل فعلت ذلك في عبدي غانم، فالقول قول المالك مع يمينه، ولا أجرة عليه لأنه ينكر الإذن فيه وإن اعترف به في غيره. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لِرَجُلٍ: إِنْ جِئْتَنِي بِعَبْدِي فَلَكَ كَذَا، وَلآخَرَ مِثْلَ ذَلِكَ، فَجَاءُوا بِهِ جَمِيعاً، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثُ مَا جعلهُ لَهُ، اتَّفَقَتِ الأَجْعَالُ أَوْ اخْتَلَفَتْ)[1].

قال الماوردي: أما الجعالة فعن العقود الجائزة دون اللازمة، لما قدمناه من قوله عز وجل: ﴿ولِمَنْ جَاء به حِمْلُ بعيرٍ وأنا بِهِ زَعِيم﴾[2] وهي تفارق الإجارة من ثلاثة أوجه:

أحدها: جواز عقدها على عمل مجهول كقوله: من جاء بعبدي الآبق فله دينار، وإن كان العبد مجهول المكان، وفساد مثل ذلك الإجارة.

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦.

(٢) سورة يوسف، الآية: ٧٢.

والثاني: أن الجعالة غير لازمة، والإجارة لازمة.

والثالث: أنها تصح من غير معين كقوله: من جاءني بعبدي الآبق فله دينار. وإن لم يعين الجاني به، فأي الناس جاء به فله الدينار، والإجارة لا تصحّ إلا مع من يتعيّن العقد عليه. وإنما فارقت الإجارة من الوجوه الثلاثة لأنها موضوعة على التعاون والإرفاق، فكانت شروطها أخف، وحكمها أضعف.

فصل: فلو قال: من جاءني بعبدي الآبق فله دينار، فأي الناس جاء به استحق الدينار من رجل أو امرأة، حر أو عبد، مسلم أو كافر، صغير أو كبير، عاقل أو مجنون، إذا كان كان قد سمع النداء أو علم به لدخولهم في عموم قوله: من جاءني.

فلو جاء العبد بنفسه عند علمه بهذا القول من سيده، لم يستحق عليه شيئاً لأن الجعل عليه لا له. فلو جاء به من لم يسمع النداء ولا علم به، كان متطوعاً بحمله على حكم الأصل. فلو علم بالنداء بعد المجيء به، وقبل دفعه إلى سيده، استحق الدينار لأن السامع للنداء لو جاء به من أقرب المواضع أو أبعدها استحقه، فكذلك هذا.

فلو أنفق عليه الجائي به في طعامه وشرابه كان متطوعاً بالنفقة، وليس له غير الدينار. فلو جاء بالعبد وهو مريض أو في قبضة حياته، استحق الدينار لأنه مبذول على حمله.

فلو اختلف العبد وحامله، فقال العبد: جئت بنفسي، وقال حامله: بل أنا جئت به، رجع إلى تصديق السيد. فإن صدق الحامل، لم يعتبر إنكار العبد، واستحق الدينار. وإن صدق العبد حلف السيد دون العبد، ولا شيء عليه.

ولو اختلف السيد وحامل العبد، فقال السيد: فلما لم تسمع النداء فلا شيء لك، وقال الحامل: بل سمعته وعلمت به، فلي الدينار، فالقول قول الحامل، وله الدينار لأن علمه بالشيء يرجع فيه إليه لا إلى غيره. فلو قال سيد العبد: من جاءني بعبدي من سامعي ندائي هذا، فله دينار، فجاء به من علم بندائه ولم يسمعه، لم يستحق شيئاً. ولو قال الجائي به: سمعت النداء، وقال السيد: لم تسمعه، فالقول قول الجائي به أيضاً.

فصل: فلو أمر السيد عبده فنادى: من جاء بعبدي فلان فله دينار، كان نداء المنادي كنداء السيد في وجوب الدينار عليه لحامل عبده. فلو أنكر السيد أمر المنادي بذلك، فالقول قوله مع يمينه، ثم ينظر في المنادي، فإن قال في ندائه: إن فلاناً قال من جاءني بعبدي فله دينار، فلا شيء على المنادي لأنه جاهل. وإن كان قد قال: من جاء بعبدي فلان

فله دينار، فعلى المنادي دفع الدينار، لأنه لا فرق بين أن ينزل من مال نفسه أو من مال غيره، إلا أن يكون الجائي بالعبد قد صدق المنادي على أمر السيد له، فلا يرجع على المنادي بشيء.

فصل: فلو قال السيد: من جاءني بعبدي الآبق فله دينار، فجاء به نفسان، كان الدينار بينهما لحصول المجيء بهما. ولو جاء به عشرة، كان الدينار بينهم بالسوية، سواء اتَّفقت أجورهم أو اختلفت، لاستوائهم في المجيء به.

فلو قال: يا زيد إن جئتني بعبدي فلك دينار، فجاء به غيره، لم يستحق الدينار. ولو جاء به زيد وعمرو، نظر في عمرو: فإن قال جئت به معيناً لزيد، فلزيد جميع الدينار ولا شيء لعمرو، لأن لزيد أن يستعين في حمله من شاء. وإن قال عمرو: جئت به لنفسي طلباً لأجرته، فلزيد نصف الدينار لأن له نصف العمل، ولا شيء لعمرو لأنه لم يبذل له على عمله شيء.

فلو اختلف زيد وعمرو فقال زيد: جئت به معيناً لي، وقال عمرو: بل جئت به مستعجلاً لنفسي، رجع إلى السيد. فإن صدق زيداً استحق الدينار كله، وإن صدق عمراً حلف السيد دون عمرو لأنه الغارم، وليس عليه إلا نصف الدينار.

فصل: فلو قال: يا زيد إن جئتني بعبدي فلك دينار، ويا عمرو إن جئتني بعبدي فلك خمسة دنانير، ويا بكر إن جئتني به فلك عشرة دنانير. فإن جاء به غيرهم فلا شيء له، وإن جاء به أحدهم فله ما جعل له. فإن جاءوا به جميعاً، فلكل واحد منهم ثلث ما جعل له، لأن لكل واحد منهم ثلث العمل، فيكون لزيد ثلث الدينار، ويكون لعمرو ثلث الخمسة، ويكون لبكر ثلث العشرة. فلو قال زيد وعمرو: أعاننا بكر في حمله فله كل العشرة، فقولهم في ذلك مقبول لأن لهما أن يتركا العمل لأنفسهما ويتطوعا به لغيرهما.

فصل: وإذا قال: من جاءني بعبدي فله دينار ثم رجع عن ذلك، فعليه إعلان الإذن، فمن جاء به فله الدينار. وإن أعلنه فلا شيء لمن جاء به بعد إعلان الإذن، سواء علم برجوعه أو لم يعلم، إذا كان قد شرع في المجيء به. لأن إعلام كل الناس برجوعه متعذر فلم يلزمه في الرجوع أكثر من الاعلان والاشاعة.

ولو كان هذا الجائي به شرع في حمله قبل الرجوع، فله الدينار ما لم يعلم بالرجوع.

فأما إن قال: يا زيد إن جئتني بعبدي فلك دينار، ثم رجع السيد، فعليه إعلام زيد

برجوعه ما لم يشرع في حمله. فإن لم يعلم، فهو حقه سواء أعلن السيد الرجوع أو لم يعلنه، لأن إعلام زيد بالرجوع غير متعذر. فلو شرع زيد في حمله، ثم أعلم السيد برجوعه، قيل للسيد: أنت بالخيار بين أن تمكنه من المجيء به فيستحق كل الدينار، أو تبذل له أجرة مثل ما فوته من عمله. لأنه وإن كان غير لازم لك فليس لك، إبطال العامل عمله عليه، فالمضاربة إذا رجع فيها ربّ المال بعد عمل العامل لزمه تمكين العامل من بيع ما اشتراه لئلا يفوت عليه عمله بالرجوع، وإن كان العقد غير لازم.

فصل: ولو جاء زيد بالعبد وقد مات السيد، كان له الدينار في تركته إذا وصل العبد إلى ورثته. ولو مات زيد قبل وصول العبد إلى سيده، فإن تمم وارث زيد حمل العبد إلى سيده، فله من الدينار المستحق بقسط عمل زيد منه، لأن عمله لم يفت، ولا شيء للوارث منه لقسط عمل نفسه. لأن ما لم يلزم من العقود يبطل بالموت، فلم يقم عمل الوارث مقام عمل الموروث.

وإن لم يأت الوارث بالعبد، فالصحيح: أنه لا شيء لوارث زيد فيما عمله من حمل العبد، لأن زيد لو كان حياً فلم يتمم حمله لم يستحق شيئاً. وقال بعض أصحابنا: يلزم السيد من الدينار بقسط عمل زيد في حمله لئلا يبطل عمله، بخلاف الحر الذي باختياره فات عليه عمله.

وهذا التعليل غير صحيح، لأن زيداً لو كان على حمله فهرب العبد منه، لم يستحق لماضي عمله شيئاً، وإن لم يختر تفويت العمل عليه. فلو مات العبد قبل وصوله إلى بلده، فلا شيء له في حمله، ولا ضمان عليه في موته. وهكذا لو مات بعد وصوله إلى بلده وقبل حصوله في يد سيده، وهذا يوضح فساد ذلك التعليل.

فصل: ولو قال وهو بالبصرة: يا زيد إن جئتني بعبدي من بغداد فلك دينار، فجاء به منها، استحق. ولو جاء به من أبعد منها كالموصل، لم يستحق أكثر من الدينار. ولو جاء به من أقل منها نحو واسط، استحق من الدينار بقسطه، لأن بعض العمل الذي جعل له الدينار في مقابلته.

فصل: ولو قال: إن من جاءني بعبدي فله دينار، ثم قال بعده: من جاءني بعبدي فله عشرة دنانير، كان الآخر من قوله هو المعمول عليه، ويكون لمن جاء به عشرة دنانير. وبعكس من قال: من جاءني به فله عشرة، ثم قال: من جاءني به فله دينار، كان للجائي به دينار واحد. والله أعلم بالصواب.

بَابُ الْتِقَاطِ الْمَنْبُوذِ[1]

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (مَا وُجِدَ تَحْتَ المَنْبُوذِ مِنْ شَيْءٍ مَدْفُونٍ مِنْ ضَرْبِ الإِسْلَامِ أَوْ كَانَ قَرِيباً مِنْهُ لُقَطَةٌ أَوْ كَانَتْ دَابَّةٌ فَهِيَ ضَالَّةٌ فَإِنْ وُجِدَ عَلَى دَابَّتِهِ أَوْ عَلَى فِرَاشِهِ أَوْ عَلَى ثَوْبِهِ مَالٌ فَهُوَ لَهُ)[2].

قال الماوردي: وهذا كما قال. أما المنبوذ فهو الطفل يلقى، لأن النبذ في كلامهم: الإلقاء. وسمي لقيطاً: لالتقاط واجده له، وقد تفعل المرأة ذلك بولدها لأمور:

منها: أن تأتي به من فاحشة فتخاف العار فتلقيه، أو تأتي به من زوج فتضعف عن القيام به فتلقيه رجاء أن يأخذه من يقوم به. أو تموت الأم فيبقى ضائعاً، فيصير فرض كفاية. والقيام بتربيته على كافة من علم بحاله حتى يقوم بكفالته منهم من فيه كفاية، كالجماعة إذا رأوا غريقاً يهلك، أو من ظفر به سبع فعليهم خلاصه واستنقاذه. لقوله عز وجل: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً﴾[3] وفيه تأويلان:

أحدهما: أن على جميع الناس شكره حتى كأنه قد أحياها.

والثاني: أنه قد ناب عن جميع الناس في إحيائه.

ولقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ والتَّقْوَى﴾[4] ولقوله تعالى: ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ﴾[5] فدلت هذه الآية على الندب إلى أخذه والتوصل إلى حراسة نفسه. وقد قال تعالى في قصة موسى ﷺ: ﴿فَالْتَقَطَهُ آلُ فِرْعَونَ﴾[6] طلباً لحفظ نفسه، ورغبة في ثوابه.

وَرُوِيَ أَنَّ مَنْبُوذاً وُجِدَ عَلَى عَهْدِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَاسْتَأْجَرَ لَهُ امْرَأَةً تَكْفُلُهُ، وَأَشَارَ الصَّحَابَةُ فِي النَّفَقَةِ فَأَشَارُوا أَنْ يُنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ.

---

(١) في المختصر، العنوان: «باب التقاط المنبوذ يوجد معه الشيء بما وضع بخطّه لا أعلمه سمع منه، ومن مسائل شتّى سمعتها فيه لفظاً».

(٢) مختصر المزني: ص ١٣٦.

(٣) سورة المائدة، الآية: ٣٢.

(٤) سورة المائدة، الآية: ٢.

(٥) سورة الحج: ٧٧.

(٦) سورة القصص، الآية: ٨.

وروى الزهري عن أبي جميلة أنه قال: أَخَذْتُ مَنْبُوذاً عَلَى عَهْدِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَذَكَرَهُ عَرِيفِي لِعُمَرَ، فَأَرْسَلَ إِلَيَّ فَدَعَانِي وَالعريفُ عِنْدَهُ، قَالَ: عَسَى الغُوير أبو ساء فَقَالَ عريفي: إِنَّهُ لاَ يَفْهَمُ فَقَالَ عُمَرُ: مَا حَمَلَكَ عَلَى مَا صَنَعْتَ؟ فَقُلْتُ: وَجَدْتُ نَفْساً مُضَيَّعَةً فَأَحْبَبْتُ أَنْ يَأْجُرَنِي اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِيها قَالَ: هُوَ حُرٌّ وَوَلاَؤُهُ لَكَ، وعلينا رضاعه»[1].

فصل: فإذا وجد الرجل لقيطاً فلا يخلو أن يجد معه مالاً، أو لا يجد.

فإن لم يجد معه مالاً، فإنْ تطوع بأخذه والنفقة عليه كان محسناً. وإن أبى أن ينفق عليه تطوعاً، إما لعجز أو شح، رفع أمره إلى الحاكم على ما ذكره. وإن وجد معه مالاً، لأنه ربما فعل ذلك المال ملكاً له، لأنه لا يمنع وإن كان طفلاً أن يكون مالكاً بميراث أو وصية، وإنما نحكم بملكه فيما كان بيده، لأن له يداً توجب الملك، كالكبير والذي ينسب إلى يده ويجري عليه حكم ملكه، كلما كان عليه من ثياب أو حلي، أو كان تحته من فراش أو حصير، أو كان في يده من دراهم أو عنان فرس، أو كان راكباً له من بعير أو فرس، فكل ذلك منسوب إلى يده كالكبير ومحكوم به في ملكه.

فصل: فأما ما وجد منفصلاً عنه فضربان:

أحدهما: أن يبعد عنه كالفرس المربوط على بعد، أو كيس من دراهم، أو ثوب، فذلك غير منسوب إلى يده، كما لا ينسب إلى يد الكبير ويكون لقطة.

والضرب الثاني: أن يكون ذلك قريباً منه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الموضع آهلاً كثير المارة، فهذا يكون لقطه أيضاً.

والضرب الثاني: أن يكون الموضع منقطعاً قليل المارة، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي، والظاهر من كلام الشافعي: أن يكون لقطه كالكبير الذي لا يملك ما يقاربه من المال إذا لم يكن له عليه يد.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنه يكون ملكاً للقيط إعتباراً بالظاهر من حاله.

وفرق بينه وبين الكبير: بأن الكبير يقدر على إمساك ما يقاربه من مال أو فرس، فإذا

---

(١) الأثر عن عمر: أخرجه البيهقي ٦/ ٢٠١ ـ ٢٠٢ والشافعي في الأم ٧١/٤ من طريق مالك.

لم يفعل ارتفعت يده فزال الملك. والصغير يضعف عن إمساك ما يقاربه، فجاز أن ينتسب إلى ملكه، وأنه في حكم ما بيده.

فصل: فأما ما تحته من مال فضربان: مدفون، وغير مدفون.

فإن كان مدفوناً، فليس بملك للقيط، لأن الكبير لو كان جالساً على أرض تحتها دفين لم يحكم له بملكه ثم ينظر: فإن كان من ضرب الإسلام فهو لقطة، وإن كان من ضرب الجاهلية فهو ركاز يملكه الواجد وعليه خمسه، وإن كان غير مدفون فضربان:

أحدهما: أن يكون فوق بساطه وتحت جسده، فهذا ملك للقيط لكونه في يده وتحت جسده، فهذا ملك للقيط لكونه في يده.

والضرب الثاني: أن يكون تحت بساطه ففيه وجهان:

أحدهما: أن يكون ملكاً له، كالبساط إذا كان تحته يكون ملكه.

والثاني: لا يكون ملكه، ويكون لقطه. بخلاف البساط، لأن الدراهم لم تجر العادة أن تكون مبسوطة على الأرض تحت مالكها، وجرت عادة البساط أن يبسط على الأرض تحت مالكه.

فصل: وأما الموضع الذي هو منبوذ فيه، فإن كان مواتاً أو مسجداً أو طريقاً مائلاً فهو على حاله، وإن كان ملكاً فضربان:

أحدهما: ما جرت العادة بسكناه كالدور، فيكون ذلك له إذا لم يكن غيره فيها، كالكبير يملك ما هو فيها من دار.

والضرب الثاني: أن يكون ما لم تجر العادة بسكناه كالبساتين والضياع، فعلى وجهين:

أحدهما: يحكم بأنه ملكه، ما لم يكن لغيره عليه يد كالدور.

والوجه الثاني: لا يحكم له بذلك بخلاف الدار، لأن سكنى الدار تصرّف، وليس الحصول في البساتين سكنى ولا تصرّف.

مسالة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ كَانَ مُلْتَقِطُهُ غَيْرَ ثِقَةٍ، وَجَبَ أَنْ يَشْهَدَ بِمَا وُجِدَ لَهُ وَأَنَّهُ مَنْبُوذٌ)(١).

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان ملتقط المنبوذ غير مأمون عليه خوفاً من استرقاقه، ولا على ماله خوفاً من استهلاكه، نزعه الحاكم من يده لأمرين:

أحدهما: أن غير المأمون ليس من أهل الولايات.

والثاني: أن لا حظ للمنبوذ في تركه تحت يده.

قيل: أفليس لو كان واجد اللقطة غير مأمون عليها أقرت في يده على أحد القولين، فهلا كان اللقيط كذلك؟ قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن اللقطة إكتساب، فجاز أن يستوي فيها الأمرين وغيره. والتقاط المنبوذ ولاية، فاختلف فيه الأمين وغيره.

والثاني: ما يخاف على المنبوذ من استرقاقه وإضاعته أغلظ مما يخاف على المال من استهلاكه وتلفه، لأن المال بدل، وليس للحرية بدل.

فصل: فإذا تقرر ما وصفناه، لم يخل حال ملتقط المنبوذ من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون مأمونًا عليه وعلى ماله فيقرّان معاً في يده، وهل يكون للحاكم عليه نظر أم لا؟ على وجهين.

أحدهما: وهو قول أبي علي الطبري: لا نظر عليه لاجتهاد له فيما إليه، كما أنه لا نظر في اللقطة على واجدها إذا كان أميناً.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن خيران: إن للحاكم عليه في المنبوذ نظر، وله في كفالته اجتهاد، لأنه الوالي على الأطفال. وخالف حال اللقطة، لأنها كسب. وهكذا اختلف أصحابنا: هل يكون الملتقط خصماً فيما نوزع فيه المنبوذ من أمواله أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يكون خصماً فيه نيابة عن المنبوذ لمكان نظره عليه.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦ . وفيه: «وإذا كان ملتقطه غير ثقةٍ، نزعه الحاكم منه، وإن كان غير ثقةٍ، وجب أن يشهد بما وجد له، وأنه منبوذ».

والوجه الثاني: لا يكون خصماً إلا بإذن الحاكم.

والقسم الثاني: أن يكون الملتقط غير أمين عليه، فواجب على الحاكم انتزاعها من يده، ويرتضي له من يقوم بكفالته وحفظ ماله.

والقسم الثالث: أن يكون أميناً عليه فلا يخاف من استرقاقه له، لكنه غير أمين على ماله خوفاً من استهلاكه له، فهذا يقر المنبوذ في يده، وينتزع المال منه، لأنه قد صار له بالتقاطه حق في كفالته، فما لم يخرج عن حد الأمانة فيه كان مقراً معه. وليس تراعي فيه العدالة فيكون جرحه في شيء جرحاً في كل شيء، وإنما يراعى فيه الأمانة. وقد يكون أميناً في شيء، وإن كان غير مؤتمن في غيره.

فإن قيل: فهلا كان المال الذي ليس بمؤتمن عليه لأنهما في يده على أحد القولين كاللقطة، لأنها جميعاً مال بخلاف المنبوذ؟.

قلنا: لأن مال اللقطة كسب الملتقط، وليس مال المنبوذ كسباً للملتقط.

والقسم الرابع: أن يكون أميناً على ماله غير أمين على نفسه ما من استرقائه، وإما لأنها ذات فرج لا يؤمن غيره، فينتزع المنبوذ منه، وفي إقرار المال معه وجهان:

أحدهما: يقر معه، وإن نزع المنبوذ منه. كما يقر المنبوذ معه، وإن نزع المال منه.

والوجه الثاني: ينتزع المال منه مع المنبوذ، لأن ماله تبع له..

والفرق بين المنبوذ وبين ماله: أن لملتقط المنبوذ حق في كفالته، وليس له حق في حفظ ماله، وإنما الحق عليه في المال، وله في الكفالة، فافترقا.

فصل: ثم الحاكم مندوب إلى الإشهاد على من أخذ المنبوذ وماله في يده، كما كان مندوباً إلى الإشهاد على من أخذ المنبوذ وماله في يد ملتقط المال. فإن كان القيم بكفالة المنبوذ وحفظ ماله غير الملتقط له لتسليم الحاكم له إلى من ارتضاه لأمانته عند حياة ملتقط، فالإشهاد عليه مستحب وليس بواجب، لأن تسليم الحاكم إليه ذلك حكم يغني عن الإشهاد، فإن كان هو الملتقط ففيه وفي اللقطة ثلاثة أوجه مضت:

أحدها: أن الإشهاد واجب في اللقطة والمنبوذ.

والثاني: أنه غير واجب فيهما جميعاً.

والثالث: أنه واجب في المنبوذ وغير واجب في اللقطة، لما ذكرناه من الفرق بينهما. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (ويَأمُرُهُ بِالإِنْفَاقِ مِنْهُ عَلَيهِ بِالمَعْرُوفِ وَمَا أَخَذَ ثَمَنَهُ المُلْتَقِطُ وَأَنْفَقَ مِنْهُ عَلَيهِ بِغَيْرِ أَمْرِ الحَاكِمِ فَهُوَ ضَامِنٌ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا وجد مع اللقيط مال كانت نفقته في ماله، كما يجب نفقة الطفل إذا كان له مال في ماله دون مال أبيه، فإن تطوع الملتقط وأنفق عليه من مال نفسه كان محسناً، كالأب إذا تطوع بالإنفاق على ولده الغني.

وإن أراد الملتقط أن ينفق عليه من ماله لزمه استئذان الحاكم فيه. سواء قيل: إن للحاكم عليه نظراً في اللقيط. أو ليس له، لأن للحاكم نظراً في ماله لا يختلف فيه. فإن أنفق بغير إذن، لم يخل حاله من أحد أمرين: إما أن يكون قادراً على استئذانه، أو غير قادر.

فإن كان قادراً على استئذانه كان ضامناً لما أنفق، قصداً أو سرفاً، لأن الحاكم هو الوالي على المال دونه، وصار ذلك. وإن وصل إلى مالكه فمن أخذ علف رجل أعَدّه لدابته فأطعمها إياه، ضمنه له. وإن وصل إليه، وإن لم يقدر على استئذان الحاكم، ففي ضمانه وجهان، كالجمال إذا هرب من مستأجره فاكترى لنفسه عند أعواز حاكم ليستأذنه:

أحد الوجهين: أن يسترجع المستأجر ولا يضمن الملتقط لضرورتها.

والثاني: لا يرجع المستأجر ويضمن الملتقط لئلا يكونا حاكمي أنفسهما.

ومن أصحابنا من فرق بين هرب الجمال وبين ملتقط المنبوذ، فجعل للمستأجر أن يرجع، وجعل الملتقط ضامناً. لأن المستأجر مضطر إلى استيفاء حقه، وليس الملتقط مضطراً إلى التقاطه. وهذا لا وجه له، لأنه ربما وجده ضائعاً في مهلكةٍ فلزمه أخذه لنفسه.

فصل: فإن استأذن الحاكم، فهل يأذن له في النفقة عليه بنفسه من يده، أو يتولاه غيره من أمنائه؟ على قولين:

أحدهما: وهو الأصح. أنه يأذن له في النفقة عليه إذا كان أميناً. إما بتقدير مثاله، فإن

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦.

زاد على القدر من غير حاجة ضمن. وإما بأن رد ذلك إلى اجتهاده، فما ادّعى فيها عن قصد قبل منه، وما تجاوز القصد لم يقبل منه، لأنه متعد به وإن كان محقاً فيه.

والقول الثاني: أنه يؤخذ من الملتقط من مال المنبوذ القدر الذي يتصرف في نفقته حتى يولي ذلك غيره من أمناء الحاكم، لما فيه من فضل الاحتياط له، ثم فيه وجهان:

أحدهما: أن الأمين يتولى شراء ما يحتاج إليه المنبوذ من طعام وكسوة، ثم يدفعه إلى الملتقط حتى يطعمه ويكسوه لأنه أحوط.

والوجه الثاني: أنه يدفع قدر النفقة إلى الملتقط ليتولى شراء ذلك بنفسه، لما له حق الولاية عليه.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لَهُ مَالٌ وَجَبَ عَلَى الحَاكِمِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيهِ مِنْ مَالِ اللَّهِ تَعَالَى، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ حَرُمَ تَضْيِيعُهُ عَلَى مَنْ عَرَفَهُ حَتَّى يُقَامَ بِكَفَالَتِهِ، فَيَخْرُجَ مِنْ بَقِيَ مِنَ المَأْثَمِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا التقط المنبوذَ فقير لا مال له، ولم يتطوع أحد بالنفقة عليه، وجب على الإمام الأعظم أو من ينوب عنه من وال وحاكم أن يقوم بنفقته، لأنها نفس يجب حراستها ويحرم إضاعتها. ومن أين ينفق الإمام عليه؟ فيه قولان:

أحدهما: وهو الأصح، من بيت المال لأنه مرصد للمصالح، وهذا منها.

وقد روي عن عمر بن الخطاب رضوان الله عليه أنه قال: «لَئِنْ أَصَابَ النَّاسَ سَبَبٌ لأُنْفِقَنَّ عَلَيهِمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ تعالى حَتَّى لاَ آخذ دِرْهَماً، فَإِذَا لَمْ آخذ دِرْهَماً أَلْزَمْتُ كُلَّ رَجُلٍ رَجُلاً» وقد استشار عمر رضي الله عنه الصحابة رضي الله عنهم في النفقة على اللقيط فقالوا: من بيت المال. فعلى هذا القول، لا رجوع بما أنفق عليه من بيت المال على اختلاف ما يظهر من أحواله لوجوبها فيه.

والقول الثاني: أنها لا تجب في بيت المال، لأنه قد يجوز أن يكون عبداً فتجب على سيده، أو حراً له أب غني فتجب على أبيه، وبيت المال لا يلزم فيه إلا ما لا وجه له سواه. فعلى هذا، يجب على الإمام أن يقترض له ما ينفق عليه، إما من بيت المال، أو من أحد من المسلمين. فإن لم يكن في بيت المال مال، ولم ينفرد أحد من المسلمين به، وجب عليه أن

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦.

يخص نفسه ومن حضره من ذوي المكنة وجعلها مقسطة عليهم على عددهم جبراً، ولا يخص بالإجبار عليها واحداً.

قال الشافعي: فإن لم يفعل، حرم تضييعه على من عرفه حتى يقام بكفالته، لأن ذلك من فروض الكفايات. ثم ينظر: فإن بان عبداً رجع به على سيده، وإن بان له أب غني أخذها من أبيه. فإن بلغ ولا أب له ولا سيد، فإن علمه مكتسباً رجع عليه في كسبه، وإن كان غير مكتسب فهو من جملة أهل الصدقات فيقضي ذلك عنه من أي المالين يراه فيها، من سهم الفقراء أو المساكين أو من سهم الغارمين، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَمَرَهُ الحَاكِمُ أَنْ يَسْتَلِفَ مَا أَنْفَقَ عَلَيهِ، يَكُونُ عَلَيهِ دَيْناً فَمَا ادَّعَى قبِلَ مِنْهُ إِذَا كَانَ مِثْلُهُ قَصْداً (قَالَ المُزَنِيُّ): لَا يَجُوزُ قَوْلُ أَحَدٍ فِيمَا يَتَمَلَّكُهُ عَلَى أَحَدٍ، لِأَنَّهُ دَعْوَى، وَلَيْسَ كَالأَمِينِ يَقُولُ فَيَبْرَأ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في لقيط فقير أمر الحاكم ملتقطه أن يستقرض ما ينفقه عليه، فذلك ضربان:

أحدهما: أن يأمره أن يستقرض عليه من غيره، فهذا جائز. ولا يأخذ القرض جملة، ولكن يستقرض له في كل يوم أو أكثر في كل اسبوع قدر حاجته إليه، ويقبل قول الملتقط في إنفاقه عليه لأنه لا يستغني عن غذاء في كل يوم. فإذا مرت به الأيام على سلامة وهو فيها نامي الجسد مستقيم الأحوال، كان الأظهر من حاله وصول النفقة إليه.

والضرب الثاني: أن يأمره أن يستقرض من نفسه، فهل يجوز له أن يتولى إنفاقه عليه بنفسه أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو نصه ها هنا: يجوز، لكونه أميناً وما ادعاه من شيء يكون مثله قصداً قبل منه.

والقول الثاني: واختاره المزني: إنه لا يجوز حتى يأخذها من غيره من الأمناء فينفقها عليه، لأنه لا يقبل قول أحد فيما يدعيه ديناً على غيره.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ وَجَدَهُ رَجُلَانِ فَتَشَاحَّاهُ أَقْرَعْتُ

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦.

بَيْنَهُمَا، فَمَنْ خَرَجَ سَهْمُهُ دَفَعْتُهُ إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ الآخَرُ خَيْراً لَهُ لَمْ يَكُنْ مُقَصِّراً عَمَّا فِيهِ مَصْلَحَتُهُ)(١).

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا اشترك نفسان في التقاط المنبوذ وهما من أهل الكفالة له، لاستوائهما في الإسلام والحرية والأمانة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يتنازعاه ويتشاحنا عليه، فمذهب الشافعي وعليه جمهور أصحابه: إن الحاكم يقرع بينهما، لأنهما لما استويا ولم يمكن أن يشترك بينهما كانت القرعة بينهما، ليتميز بها الأحق من غير تهمة.

قال تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾(٢) الآية ثم يتعين حق من قرع منهما في كفالته. فإن أراد رفع يده عنه كان له ولم يجبر على إمساكه، ويتسلمه الحاكم منه، وهل يصير شريكه أولى بكفالته من غيره أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: هو أولى به من غيره، لاختصاصه بالتقاطه وإن تقدم الآخر بالقرعة.

والوجه الثاني: أنه قد بطلت كفالته لما قرعه صاحبه وصار غيره سواء، فيجتهد الحاكم فيه رأيه. فهذا حكم ما ذهب إليه الشافعي من الإقراع بينهما عند التنازع.

وسواء كان من خرج بالقرعة أنفع له إذا لم يكن الذي خرج قرعته مقصراً، أو كانا سواء.

وقال أبو علي بن خيران: لا قرعة بينهما عند التنازع، ولكن يجتهد الحاكم فيهما رأيه، فأيهما رآه أحظ له كان أولى بكفالته. ولهذا القول وجه وإن خالف نص الشافعي، غير أن تساويهما يمنع من تغليب أحدهم إلا بالقرعة، كالبينتين إذا تعارضتا.

فصل: والضرب الثاني: أن لا يتنازعا ويتفقا على تسليمه لأحدهما، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يسلمه قبل استقرار يده عليه، فهذا يجوز، لأن المسلم له بمثابة من رآه ولم يلتقطه، ويصير المستلم أولى وكأنه التقطه وحده.

والضرب الثاني: أن تستقر أيديهما جميعاً عليه حتى يصير الملقوط معهما، ثم يتسلمه أحدهما، ففيه وجهان:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦.

(٢) سورة آل عمران، الآية: ٤٤.

أحدهما: يجوز، لأن الحق لهما وليس يتجاوزها، كالشقيقين إذا سلم أحدهما لصاحبه.

والوجه الثاني: لا يجوز، لأن للملتقط حق الكفالة وليس له حق التسليم. كما لو كان هو الواجد وحده، لم يكن له تسليمه إلى غيره حتى يتولى الحاكم.

فصل: ولو التقطه رجل وامرأة كانا في كفالته سواء، فيقترعان. ولا تقدم المرأة كتقديم الأم على الأب في الحضانة، لأن في الالتقاط ولاية إن لم يكن الرجل أحق لها لم يكن أنقص حضانة الأبوين.

مسألة: **قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُقِيماً بِالمِصْرِ، وَالآخَرُ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهِ، دُفِعَ إِلَى المُقِيمِ)**[1].

قال الماوردي: إذا وجد اللقيط في المصر رجلان: أحدهما من أهل المصر، والآخر من أهل مصر آخر وهو غريب في هذا المصر، فالواجد له من أهل مصره أحق بكفالته من الغريب الذي ليس من أهله؛ لأن قيامه في البلد الذي وجد فيه أشهر لحاله وأقرب إلى ظهور نسبه. ولكن لو أنفرد الغريب بالتقاطه وأراد إخراجه من البلد الذي وجد فيه إلى بلده، فإن كان الطريق غير مأمون فلا حق له في كفالته، وإن كان أميناً والطريق مأمون فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون بلده قريباً على أقل من يوم وليلة، فهو مستحق لكفالته إذا تساوى البلدان، أو كان بلد الملتقط أصلح. فأمّا إذا كان بلد اللقيط مصراً، وبلد الملتقط قرية ففيه وجهان:

أحدهما: لا حق له في كفالته، لأن المصر أنفع له من القرية، لما فيه من كثرة العلوم والآداب ووفور الصنائع والاكتساب.

والوجه الثاني: يستحق كفالته وإخراجه إلى قريته، لأن القرية ربما كانت أعف، وكان أهلها أسلم، ومعايشهم أطيب؛ ولأن حاله في القرية أيسر منها في المصر الكبير لقلة من فيها وكثرة من في المصر، وقلما يكن أن يشعر في القرى بفاحشة تخفى وريبة تكتم.

والقسم الثاني: أن يكون بلده بعيداً وأخباره منقطعة، والطارىء إليه أو منه نادر.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦.

كمن بالعراق إذا أراد نقله إلى الشرق أو الغرب، فلا حق له في كفالته لإضاعة نسبه وخفاء ماله. فلو قال الغريب: أنا استوطن بلد اللقيط، قلنا: أنت حينئذ أحق بكفالته، وإنما تمنع منه إذا أردت العود إلى بلدك.

والقسم الثالث: أن يكون بلده بعيداً على أكثر من يوم وليلة، لكن أخباره متصلة، والوارد منه كثير كالبصرة وبغداد، ففي استحقاقه لكفالته وجهان:

أحدهما: لا حق له في كفالته، لأن حظ اللقيط في بلده أكثر، وحاله فيه أشهر.

والوجه الثاني: أنه مستحق لكفالته لتساوي البلدين في التعليم والتأديب، وربما كان في غير بلده أنفع. فعلى هذا الوجه، يتعين لحاكم بلد اللقيط أن يكتب إلى حاكم بلد الملتقط يذكر حاله وإشهار أمره.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ كَانَ قَرَوِياً وَبَدَوِياً دُفِعَ إِلَى القَرَوِيِّ لِأَنَّ القَرْيَةَ خَيْرٌ لَهُ مِنَ البَادِيَةِ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا التقطه رجلان أحدهما قروي والآخر بدوي، فالقروي أولى من البدوي؛ سواء وجداه في قرية أو بادية، لأن القرية أمكن في التعليم وأبلغ في التأديب وأحسن في المنشأ. وقد روى أبو حازم عن أبي هريرة أن النبيّ ﷺ قال: «مَنْ بَدَا جَفَا، وَمَنْ اتبعَ الصَّيْدَ غَفَلَ، وَمَنِ اقْتَرَبَ مِنْ أَبْوَابِ السَّلَاطِينِ افْتَتَنَ»[٢].

معنى قوله: «من بدا جفا» أي: من سكن البادية صار فيه جفاء الأعراب. وقوله: «من اتبع السيد غفل» يريد من يشتغل به وينقطع إليه تصير فيه غفلة.

فصل: فإذا انفرد البدوي بالتقاطه، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يجده في مصر أو قرية، فلا حق له في كفالته لأنه لا حظ له في نزول البادية لما ذكرناه.

والضرب الثاني: أن يجده في البادية، فلا تخلو حاله من أحد أمرين:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦.

(٢) نسبهُ صاحب موسوعة أطراف الحديث ٨/١٦٥ إلى البيهقي ١٠/١٠١. وتذكرة الموضوعات لابن القيسراني: ٧٢٢.

أحدهما: أن يكون ممن يسكن حلة مقيماً فيها ولا ينتجع عنها، فهو مستحق لكفالته، لأن وجوده في البادية يدل على أنه من أهلها.

والحال الثانية: أن يكون ممن ينتجع ولا يلزم حلة ولا يقيم في مكان، ففي استحقاقه لكفالته وجهان:

أحدهما: يستحق، لأن هذا هو الأغلب من حال البادية.

والوجه الثاني: أنه لا حق له فيها، لأن مداومة النقلة وملازمة النجعة لا يشتهر بها حاله ولا يعرف معها مكانه لما يلحقه من المشقة في بدنه، وتغير العادة في نقلته.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ كَانَ عَبْداً وَحُرّاً دُفِعَ إِلَى الحُرِّ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا اجتمع على التقاطه حر وعبد، فالحر أولى بكفالته من العبد لأمرين.

أحدهما: أن العبد مولى عليه، فلم يصح أن يكون والياً.

والثاني: أن العبد ممنوع من كفالته لخدمة سيده.

فلو انفرد العبد بالتقاطه، فإن كان بإذن سيده فالسيد هو الملتقط لأن يد العبد يد له، وهو المستحق لكفالته. وإن كان بغير إذن سيده لم يجز، بخلاف اللقطة في أحد القولين، لأن اللقطة كسب وهذه ولاية. فلو أخذه السيد من عبده وقد التقطه بغير إذن، فإن كان بعد رفعه إلى الحاكم فهو أولى، لأن يد العبد لمَّا لم تكن مقرة لم يكن لها حكم، وصار كأن السيد هو الملتقط له. وهكذا حكم المدبر في التقاطه كالعبد.

وأما المكاتب، فإن عللنا منع العبد منه بأنه من غير أهل الولاية، فالمكاتب ممنوع فيه وإن عللناه بأنه ممنوع فيه لخدمة السيد، فالمكاتب مستحق لكفالته لأنه أملك من السيد بمنافع نفسه. ولو شاركه في التقاطه حر، كان الحر أولى به منه على العلتين، لكمال الحر ونقص المكاتب.

وأما الذي نصفه حر ونصفه عبد، فله حالتان:

إحداهما: أن يكون غير مهايأة، فهو كالعبد لا حق له في كفالته ما لم يأذن له المالك لرقه، لإشراك حكمه، وأن الشركة فيه مانعة عن كفالته.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦.

والحال الثانية: أن يكون مهايأة، فلا يخلو حال التقاطه من أحد أمرين:

أحدهما: أن يلتقطه في زمان السيد، فيكون فيه كالعبد لا حق له في كفالته.

والثاني: أن يلتقطه في زمان نفسه، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه مستحق لكفالته، لأنه في زمانه كالحر.

والوجه الثاني: لا حق له في كفالته لنقصه، وإنه سيعود إلى المنع في غير زمانه. وعلى كلا الوجهين، لو شاركه الحر في التقاطه كان أحق به منه لكماله على من قصر عن حريته. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ كَانَ مُسْلِماً وَنَصْرَانِياً فِي مِصْرٍ بِهِ أَحَدٌ مِنَ المُسْلِمِينَ وَإِنْ كَانَ الأَقَلَّ، دُفِعَ إِلَى المُسْلِمِ)**[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا اشترك في التقاط المنبوذ مسلم وكافر، فلا يخلو حال المنبوذ من إن يجري عليه حكم الإسلام، أو حكم الكفر على ما سنصفه.

فإن جرى عليه حكم الإسلام، فالمسلم أحق بكفالته. وهكذا لو تفرد الكافر بالتقاطه، نزع من يده لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى المُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾[2] ولأنه غير مأمون عليه في بدنه أن يسترقه، وفي دينه أن يفتنه، وفي ماله أن يتلفه لأن عداوة الدين تبعث على ذلك كله.

وإن جرى على المنبوذ حكم الكفر، فإن انفرد الكافر بالتقاطه أقر في يده، لأن الكافر يلي على الكافر. وإن اشترك في التقاطه مسلم وكافر، فعلى الظاهر من مذهب الشافعي في إقراعه بين المسلمين إذا اشتركا في التقاطه: يقرع بين المسلم والكافر، ويكون في يد من خرجت له القرعة. وعلى مذهب أبي علي بن خيران أن يسلم إلى مسلم دون الكافر، لأن كفالة المسلم أصلح، ولما يرجى له باعتبار الإسلام ويتعين عليه أن يميل إليه.

مسألة: **قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَجَعَلْتُهُ مُسْلِماً وَأَعْطَيْتُهُ مِنْ سُهْمَانِ المُسْلِمِينَ، حَتَّى يُعْرِبَ عَنْ نَفْسِهِ)**[3].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦.
(٢) سورة النساء، الآية: ١٤١.
(٣) مختصر المزني: ص ١٣٦.

قال الماوردي: وهذا صحيح. وعلته: أن حكم اللقيط في إسلامه وكفره أنه معتبر بحكم الدار التي وجد فيها، فهي ضربان: دار الإسلام، ودار الشرك.

فأما دار الإسلام، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يتفرد المسلمون بها حتى لا يدخلها مشرك كالحرم، فالمنبوذ إذا التقط في مثل هذه الدار محكوم بإسلامه في الظاهر والباطن لامتناع اجتماع الشرك الظاهر في أبويه.

والضرب الثاني: أن تكون دار الإسلام قد تخلطهم فيها أهل ذمة البصرة وبغداد، أو معاهدون كأمصار الثغور، فإذا التقط المنبوذ فيها كان مسلماً في الظاهر دون الباطن. وإنما حكمنا بإسلامه ظاهراً تغليباً لحكم الدار، وإن النبيّ ﷺ قال: «الإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى»[1] ولم يحكم بإسلامه في الباطن قطعاً لجواز أن يكون من ذمي أو معاهد.

والضرب الثالث: أن تكون دار الإسلام قد تفرد أهل الذمة بسكناها حتى لا يساكنهم فيها مسلم، ولا يدخلها مثل بلد من بلاد الشرك فتحه المسلمون صلحاً أو عنوة، فأقروا أهله فيه على أن لا يخالطهم غيرهم، فإذا التقط المنبوذ فيه كان كافراً في الظاهر لأن أهل الدار كفار، وإن كانت يد المسلمين عليهم غالبة وأحكام الإسلام فيهم جارية.

فصل: وأما دار الشرك فعلى ثلاثة أضرب أيضاً:

أحدها: ما كان من بلادهم التي ليس فيها مسلم، فإذا التقط المنبوذ منها جرى عليه حكم الشرك اعتباراً بحكم الدار.

والضرب الثاني: ما كان من بلاد الشرك فيها مسلمون ولو واحد، كبلاد الروم، فإذا التقط المنبوذ فيها ففيه وجهان:

أحدهما: أنه مشرك في الظاهر، اعتباراً بحكم الدار.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة والظاهر من كلام الشافعي: إنه يكون مسلماً في الظاهر تغليباً لحكم الإسلام.

والضرب الثالث: كان من بلاد الإسلام التي غلب عليها المشركون حتى صارت دار

(١) حديث عائذ بن عمرو المزني: أخرجه الدارقطني ٣/ ٢٥٢ والبيهقي في الدلائل ١٠٦/٥ والبخاري في الجنائز تعليقاً.

شرك، كطرسوس وإنطاكية وما جرى مجرى ذلك من الثغور والمملوكة على المسلمين، فإذا التقط المنبوذ فيها نظر: فإن كان فيها أحد المسلمين ولو واحداً جرى على الملقوط فيها حكم الإسلام. وإن لم يكن فيها أحد من المسلمين، أجرى عليه حكم الشرك في الظاهر لبعد المسليمن عنها وامتناع حكمهم فيها.

فصل: فإن اجرينا عليه حكم الإسلام، فقد ذكرنا من أين ينفق عليه إذا كان فقيراً، وهو على ما مضى من القولين. وإن أجرينا عليه حكم الشرك، لم يجز أن ينفق عليه من بيت المال إذا كان فقيراً لأن ما في بيت المال مصروف في مصالح المسلمين دون المشركين. فإن تطوع أحد المسلمين أو من أهل الذمة بالنفقة عليه، كان محسناً لأنها نفس لها حرمة. وإن لم يتطوع أحد بالنفقة عليه، جمع الإمام أهل الذمة الذين كان المنبوذ بين أظهرهم، وجعل نفقته مقسطة عليهم ليكون ديناً لهم إذا ظهر أمره. فإن ظهر له أب، رجعوا بالنفقة عليه. وإن ظهر له سيد، رجعوا بها عليه. وإن لم يظهر ذلك، كانت ديناً عليه يرجعون بها في كسبه إذا بلغ.

مسألة: **قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِذَا أَعْرَبَ عَنْ نَفْسِهِ فَامْتَنَعَ مِنَ الإِسْلَامِ، لَمْ يَبِنْ لِي أَنْ أَقْتُلَهُ وَلاَ أُجْبِرُهُ عَلَى الاسْلاَمِ)[١].**

قال الماوردي: إعلمْ أن من يجري عليه حكم الإسلام قبل بلوغه على أربعة أقسام:

أحدها: من يجري حكم الإسلام عليه بإسلام أبويه، فيصير بإسلامهما مسلماً. وروى أبو اليزيد عن الأعرج، عن أبي هريرة أن النبيّ ﷺ قال: «**كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ وَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانَهُ وَيُنَصِّرَانَهُ كَمَا تَنَاقح الإِبْلُ مِنْ بَهِيمَةٍ جَمْعَاء، هَلْ تحِسُّونَ مِنْ جَدْعَاءَ؟ قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَفَرَأَيْتَ مَنْ يَمُوتُ وَهُوَ صَغِيرٌ؟ قَالَ: اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا كَانُوا عَامِلِينَ**»[٢].

فمعنى قوله: «**يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ**» يريد: على الإقرار بأن الله خالقه، لأن جميع الناس على اختلاف أديانهم يعلمون أن الله خالقهم، ثم يهوِّد اليهود أبناءهم، وينصِّر النصارى

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٦ ـ ١٣٧. وتتمة المسألة: «وإن وُجد في مدينة أهل الذمة له مسلم فيهم فهو ذميّ في الظاهر حتى يصف الإسلام بعد البلوغ.

(٢) حديث أبي هريرة. أخرجه البخاري في الجنائز (١٣٥٨) و(١٣٥٩) و(١٣٨٥) والتفسير (٤٧٧٥) والقدر (٦٥٩٩). ومسلم في القدر (٢٦٥٨) والترمذي (٢١٣٨) و(٣١٥٠) وأبو داود (٤٧٠٥) و(٤٧٠٦) والبغوي (٨٤) و(٨٥) وأحمد ٢/ ٢٨٢ و٤٨١.

أبناءهم أي: يعلمونهم ذلك. وضرب لهم مثلاً الإبل إذا نتجت من بهيمة جمعاء، والجمعاء: هي السليمة، وإنما سميت بذلك لاجتماع السلامة لها في أعضائها فتجدع أنوف نتاجها وتفقأ عيونها.

فأما إذا أسلم أحد الأبوين، فإن كان الأب منهما هو المسلم كان ذلك إسلاماً له، وإن أسلمت الأم فمذهب الشافعي وأبي حنيفة أن إسلامها إسلام له كالأب.

وقال مالك: لا يكون إسلام الأم إسلاماً له. وهذا خطأ، لقول النبيّ ﷺ: «الْإِسْلَامُ يَعْلُو» ولقوله ﷺ: «فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانَهُ وَيُنَصِّرَانُهُ» فجعل اجتماعهما موجباً لتهوده دون انفرادهما. ولأنها لو أسلمت وهي حامل، كان ذلك إسلاماً لحملها إذا وضعت، كذلك إذا إسلمت بعد الوضع. ولأنها أحد الوالدين، فصار الطفل بها مسلماً كالأب.

فأما استدلاله بالحرية، فقد يعتبر بالأب كما يعتبر بالأم. ألا ترى أنه لو ولد منه كان الولد حراً، فإذا ثبت أن إسلام أحد الأبوين يكون إسلاماً لغير البالغ من أولادها، فكذلك يكون إسلاماً لمن بلغ منهم مجنوناً، لأن المجنون تبع لغيره، فأما البالغ العاقل فهل يكون إسلام الأبوين أو أحدهما إسلاماً له أم لا؟ على وجهين.

أحدهما: لا يكون ذلك إسلاماً له، لأنه قد فعل الكفر بنفسه بعد بلوغه، فاستقر حكمه عليه.

والوجه الثاني: وهو اختيار أكثر أصحابنا: أنه لا يصير مسلماً، لأنه بزوال العقل وخروجه عن حد التكليف قد صار تبعاً.

فإذا تقرر ما وصفناه، وصار الطفل أو المجنون مسلماً بإسلام أبويه أو أحدهما، ثم بلغ الصبي وأفاق المجنون، فإن أقاما على الإسلام فقد استدام حكم إسلامهما، وإن رضيا الكفر لم يقبل منهما وصارا بذلك مرتدين يقتلان إذا أقاما على الردة، سواء أقرا بالإسلام بعد البلوغ والإفاقة أو لم يقرا به.

وقال بعض أصحابنا: إن كانا بعد البلوغ والإفاقة قد أقرا بالإسلام والتزما حكمه بفعل عبادته من الصلاة والصيام، جعلتهما مرتدين. وإن لم يوجد ذلك منهما لم أحكم بردتهما، لأن جريان حكم الإسلام عليهما تبعاً أضعف من جريان حكمه عليهما إقراراً وعملاً. وهذا خطأ، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾[1] فأخبر

(١) سورة الطور، الآية: ٢١.

بإيمان الذرية تبعاً لآبائهم، فلم يجز أن ينتقل حكم الإيمان عنهم ولأن ما أوجب إسلامه أوجب إلزامه كالإقرار. فهذا حكم القسم الأول.

فصل: والقسم الثاني: أن يجري عليه حكم الإسم بإسلام السابي له من بلاد الشرك، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون السبي بعد البلوغ، فلا يكون بإسلام سابيه مسلماً، ويكون حكم الكفر عليه جارياً.

والضرب الثاني: أن يكون سبيه قبل البلوغ فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون مسبياً مع أبويه أو أحدهما، فلا يكون حكمه حكم سابيه، لأن إلحاق حكمه بأبويه أقوى من إلحاق حكمه بسابيه، ويكون على حكم الكفر استصحاباً لدين أبويه.

والضرب الثاني: أن يسبى وحده دون أبويه، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي: إنه لا يتبع سابيه في الإسلام، ويكون حكمه في الشرك حكم أبويه، لأن يد السابي يد استرقاق فلم توجب إسلامه كالسيد.

والوجه الثاني: أنه يتبع السابي في إسلامه. لأنه قبل البلوغ تبع لغيره، فهو أخرجه بسبيه عن أبويه من أن يكون تبعاً لهما، فصار تبعاً لمن صار إليه بعدهما فعلى هذا، يجري عليه قبل بلوغه أحكام السابي في العبادات والاقتصاص من المسلم إذا جنى عليه، وإذا مات صلي عليه ودفن في مقابر المسلمين، وإن بلغ واستصحب الإسلام قولاً وعملاً ثم رجع عنه، صار برجوعه مرتداً. وإن وصف الكفر عند بلوغه، فهل يحكم بارتداده أم لا؟ على وجهين مضى توجيههما. فهذا حكم القسم الثاني.

فصل: والقسم الثالث: أن يجري عليه حكم الإسلام بنفسه إقراراً به واعترافاً بشروطه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ذلك بعد بلوغه، فهذا مسلم له ما للمسلمين، وعليه ما عليهم.

والضرب الثاني: أن يكون ذلك قبل بلوغه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ذلك منه في طفولته وعدم تمييزه، فلا يكون بذلك مسلماً لأنه لا حكم لقوله ولا يصل إلى معرفة حق من باطل، ولا صحيح من فاسد.

والضرب الثاني: أن يكون مراهقاً مميزاً يصل بذهنه إلى معرفة الحق من الباطل، ويميز ما بين الشبهة والدليل، ففي الحكم بإسلامه إذا وصفه على شروطه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو الظاهر من مذهب الشافعي: إنه لا يصير مسلماً لقوله ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيقَ وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَنْتَبِهَ»[1] فرفع القلم عنه قبل البلوغ في جميع أحواله، وجمع بينه وبين المجنون في سقوط تكليفه. ولأن عقود المعاملات أخف حالاً من شروط الإسلام، فلما امتنع قبل البلوغ أن تصح منه العقود، فأولى أن يمنع منه شروط الإسلام.

والوجه الثاني: وهو مذهب أبي حنيفة: أن يصير مسلماً، لأنه قد يصل إلى معرفة الدليل كما يصل إليه البالغ، وخالف الطفل والمجنون ولأن علياً عليه السلام أسلم قبل بلوغه، فحكم بصحة إسلامه. فعلى هذا إن بلغ فرجع عن الإسلام صار مرتداً.

والوجه الثالث: إن إسلامه يكون موقوفاً، فإن استدام ذلك بعد بلوغه علم أنه تقدم إسلامه، وإن فارقه بعد لبلوغ علم أنه لم يكن مسلماً. وعلى هذا الوجه، يحتمل إسلام علي عليه السلام في قول من إسلامه إلى ما قبل البلوغ. وأنه لما استدامه بعد البلوغ، علم به صحة ما تقدم إسلامه. فهذا حكم القسم الثالث.

والقسم الرابع: أن يجري عليه حكم الإسلام بالدار، وهذا هو اللقيط وقد قسمنا أحواله التي تجري عليه بها حكم الإسلام أو حكم الشرك. فإن أجرينا عليه أحكام الشرك، فبلغ ووصف الإسلام بعد بلوغه، استوثق به حكم الإسلام من حينئذ. وإن أقام على الشرك أقر عليه من غير تخويف ولا إرهاب، وإن جرى عليه حكم الإسلام فذلك ضربان:

أحدهما: أن نجريه عليه في الظاهر والباطن على ما ذكرنا من التقاطه في بلاد الإسلام التي لا يدخلها مشرك، فهذا لا يقبل منه بعد البلوغ الرجوع عنه، ويكون إن رجع عنه مرتداً.

والضرب الثاني: أن يجري عليه حكم الإسلام في الظاهر دون الباطن، فما يبلغ فحكم الإسلام جار عليه، فإن مات غسل وصلي عليه ودفن في مقابر المسلمين، وإن قتله مسلم فعليه دية مسلم، وفي وجوب الاقتصاص منه قولان:

---

(١) حديث علي، وعائشة سبق تخريجه.

أحدهما: يقتص منه لجريان حكم الإسلام عليه.

والقول الثاني: لا يقتص منه لاحتمال حاله، وأنه ربما وصف الكفر بعد بلوغه، فلم يجز أن يراق دم بالشبهة. فإن وصف الإسلام قولاً وأقام عليه فعلاً، استقر حكم إسلامه وجرى القصاص على قاتله. وإن رجع عنه إلى الشرك، أرهب وخوف لرجوعه عن الإسلام. فإن أبى إلا أن يكون مشركاً، سئل عن سبب شركه، فإن قال: لأن أبي مشرك وصرت لاتباع أبي مشركاً، ترك لما اختاره من الشرك لاحتماله، وأجري عليه أحكام الشرك لأننا لم نكن حكمنا بإسلامه قطعاً، وإنما حكمنا به تغليباً.

فإن قال: لست أعرف دين أبي ولا أعلمه مسلماً ولا مشركاً، ولكني أختار الشرك ميلاً إليه ورغبة فيه، ففيه وجهان:

أحدهما: يقبل منه، لأنه لم يكن مقطوعاً بإسلامه.

والوجه الثاني وهو الأصح: أنه لا يقبل منه ويجعل إن أقام عليه مرتداً، إلا أن يدعي شرك أبيه فيقبل منه ويقر عليه ليكون في الشرك تبعاً، ولا يكون متبوعاً.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَرَادَ الَّذِي الْتَقَطَهُ الظَّعْنَ بِهِ، فَإِنْ كَانَ يُؤْمِنُ أَنْ يَسْتَرِقَّهُ فَذَلِكَ لَهُ، وَإِلَّا مَنَعَهُ)(١).

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا التقطه مقيم ثم أراد بعد حصوله في كفالته وإقراره في يده، أن يسافر به، جاز أن يسافر به بأربعة شروط:

أحدها: أن يكون قد اشتد بدنه بحيث يقوى على السير، فإن كان طفلاً لا يحتمل السير لم يجز.

والثاني: أن يكون السفر مأموناً لا يخاف عليه من غلبة مسترق، فإن خيف ذلك عليه لم يجز.

والثالث: أن يكون المسافر مأموناً عليه فلا يسترقه ولا يسيء إليه، فإن خيف ذلك لم يجز.

والرابع: أن يكون بنية العود إلى بلده، فإن لم يرد العود وسافر متنقلاً ففي تمكينه منه وجهان:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٧.

أحدهما: أنه يمكن، لأنه قد صار في استحقاق كفالته كالأب الذي يجوز له أن يأخذه من الأم في سفر نقلته.

والوجه الثاني: لا يجوز، لما في نقله من إضاعة ما كنا نرجوه من ظهور نسبه. ولهذا المعنى جعلنا المقيم إذا شارك في التقاطه مسافراً أولى به.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَجِنَايَةُ اللقيط خطأ عَلَى جَمَاعَةِ الْمُسْلِمينَ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وجنايته ضربان: على نفس، أو مال. فإن كانت على مال فهي في ماله صغيراً كان اللقيط أو كبيراً، موسراً أو معسراً. فإن كان له مال دفع منه غرم جنايته، وإن لم يكن له مال كان ديناً عليه إذا أيسر أداه.

فإن كانت خطأ فعلى عاقلته، وإن لم يكن له عصبة يعقلون عنه ففي بيت المال لأن جماعة المسلمين عاقلته وإن لم يكن له عصبة يعقلونه ففي بيت المال، لأن جماعة المسلمين عاقلته. ألا تراه لو مات بلا وارث كان ميراثه لبيت المال لجماعة المسلمين.

وإن كانت جنايته عمداً يوجب القود فله حالان:

أحدهما: أن يكون بالغاً والقود عليه واجب في نفس، كانت الجناية أو في طرف.

والحالة الثانية: أن يكون صغيراً فلا قود عليه لارتفاع القلم عنه، وفي محل الدية قولان من اختلاف قوليه في عمد الصبي؟ هل يجري مجرى الخطأ أو مجرى العمد الصحيح؟.

وإن سقط عنه القود، فإن قيل: إنه يجري مجرى الخطأ، كانت الدية في بيت المال مؤجلة كدية الخطأ. وإن قيل: إنه عمد صحيح وإن سقط عنه القود، كانت الدية في ماله حالة، فإن أعسر بها كانت ديناً عليه.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالْجِنَايَةُ عَلَيْهِ عَلَى عَاقِلَةِ الْجَانِي، فَإِنْ قُتِلَ عَمْداً فَلِلإِمَامِ الْقَوَدُ أَوِ الْعَقْلُ وَإِنْ كَانَ جُرْحاً حُبِسَ لَهُ الْجَارِحُ حَتَّى يَبْلُغَ فَيَخْتَارَ الْقَوَدَ أَوْ الأَرْشَ، فَإِنْ كَانَ مَعْتُوهاً فَقِيراً أَحْبَبْتُ لِلإِمَامِ أَنْ يَأْخُذَ الأَرْشَ وَيُنْفِقَهُ عَلَيْهِ)[٢].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٧.

(٢) مختصر المزني: ص ١٣٧.

قال الماوردي: وهذا كما قال. لا يخلو حال الجناية على اللقيط من أن تكون عمداً، أو خطأ.

فإن كانت خطأ فهي على عاقلة الجاني في نفس كانت، أو طرف، وديته دية حر مسلم ما كان على حاله اعتباراً بالأغلب من حكم الدار في الحرية والإسلام.

وإن كانت عمداً فضربان: في نفس، أو طرف. فإن كانت في نفس، استحق فيها دية حر مسلم، وفي استحقاق القود إن كان القاتل حراً مسلماً قولان:

أصحهما: عليه القود اعتباراً بالأغلب من حاله، وحال الدية في قتله.

والقول الثاني: لا قود، لأنه حد يدرأ بالشبهة.

وكان بعض أصحابنا يحمل اختلاف هذين القولين على اختلاف حالين، فيقول: إن كان قتله قبل البلوغ، وجب القود على قاتله. وإن كان بعد البلوغ، فلا يجب لأنه يقدر على إظهار حاله. وهذا الفرق مسلوب المعنى، لأنه إن اعتبر حال الشبهة ففي الحالين، وإن اعتبر حال الظاهر ففي الحالين، فلم يكن للفرق بينهما وجه.

فإن قلنا: بإسقاط القود، أخذت الدية لبيت المال. وإن قلنا: بوجوب القود، كان للإمام عن كافة المسلمين مخيراً فيما يراه أصلح لجماعتهم من القود، لئلا يسرع الناس إلى قتل النفوس وأخذ الدية.

فصل: وإن كانت الجناية عليه في طرف، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون بالغاً، فهو بالخيار بين أن يأخذ الدية أو يقتص لنفسه على ما ذكرناه من القولين.

والضرب الثاني: أن يكون غير بالغ، فإن قلنا: بإسقاط القود على أحد القولين، فليس له إلا دية الطرف، ويأخذها الإمام له لينمو عليه منها، أو يضم إلى ماله إن كان غنياً.

وإن قلنا: بوجوب القود على الصحيح من المذهب، فللقيط أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون عاقلاً غنياً. فعلى الإمام أن يحبس الجاني عليه إلى أن يبلغ، فيختار القود أو الدية، ولا يجوز للإمام أن يقتات عليه في أمرها كما لا يجوز لأب الطفل أن يقتات عليه فيما استحقه من قود أو دية..

والحال الثانية: أن يكون معتوهاً فقيراً، فينبغي للإمام أن يأخذ الدية من الجاني لينفق منها عليه، ويعفو عن القود لأمرين:

أحدهما: ظهور المصلحة بعد حاجته بالفقر.

والثاني: بقاؤه في الأغلب على عتهه بعد البلوغ.

والحال الثالثة: أن يكون عاقلاً فقيراً، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يحبس قاتله ليختار لنفسه ما شاء من قود أو دية، تعليلاً بظهور عقله.

والوجه الثاني: أن الإمام يأخذ له الدية ويعفو عن القود، تعليلاً بحاجته وفقره. ولو بلغ فاختار القود ورد الدية، ففيه وجهان:

أحدهما: له ذلك.

والثاني: ليس له، وعفو الإمام كعفوه. وهذان الوجهان بناء على عفو الولي عن نفقته، هل له المطالبة بها بعد بلوغه أم لا؟ على وجهين.

والحال الرابعة: أن يكون معتوهاً غنياً فعلى وجهين:

أحدهما: يحبس قاتله ليختار لنفسه بعد بلوغه وإفاقته، اعتباراً بغيابه عن الدية.

والثاني: أن للإمام أن يأخذ الدية ويعفو عن القود، اعتباراً بعتهه وعدم إفاقته في الأغلب.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَهُوَ فِي مَعْنَى الْحُرِّ حَتَّى يَبْلُغَ فَيُقِرّ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لا نقطع بحرية اللقيط، ولا نغلب فيه أحكام العبد.

أما عدم القطع بحريته، فلإمكان ما عداها من الرق. وأما إسقاطها تغليباً لأحكام الرق، فلأن الأغلب من دار الإسلام الحرية، كما كان الأغلب فيها الإسلام. وإنما اختلف قول الشافعي في ظاهر أمره:

فأحد القولين: إنه حر في الظاهر وإن جاز أن يكون عبداً، كما أجرينا عليه حكم الإسلام في الظاهر وإن جاز أن يكون كافراً. ولأن الرق طارىء والحرية أصل، فلأن يجري في الظاهر على حكم الأصل أولى.

(١) مختصر المزني: ص ١٣٧.

والقول الثاني: أنه مجهول الأصل لإمكان الأمرين، وإن الرق قد يجوز أن يكون مستحقاً، فلم يجز أن نحكم بتغليب غيره عليه. وليس كالكفر الذي هو باطل، فجاز تغليب الإسلام عليه من هذين القولين خرج القولان في استحقاق القود من الحر.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ أَقَرَّ بِالرِّقِّ قَبِلْتُهُ وَرَجَعْتُ عَلَيْهِ بِمَا أَخَذَهُ وَجَعَلْتُ جِنَايَتَهُ فِي عُنُقِهِ)[1].

قال الماوردي: أما إقرار اللقيط قبل بلوغه فغير معمول عليه، لا في حرية ولا في رق، فإذا بلغ صار إقراره حينئذ معتداً.

فإن ادعى الحرية وأنكر الرق، كان قوله فيها مقبولاً وصار حراً في الظاهر والباطن، ما لم يقم بينة برقه. ولا يقبل منه الإقرار بالرق بعد ادعاء الحرية، كما لو بلغ فأقر بالإسلام لم يقبل منه الرجوع إلى الكفر. فأما إذا أقر بالرق، فإن جعلناه مجهول الأصل كان إقراره بالرق مقبولاً، وإن جعلناه حراً في الظاهر ففي قبول إقراره بالرق وجهان:

أحدهما: لا يقبل منه إلا أن تقوم بينة، لأنه خلاف على ما أجري عليه من حكم الظاهر، وحكاه أبو حامد المروزي في جامعه.

والوجه الثاني: وهو الصحيح الظاهر من كلام الشافعي: إن إقراره به مقبول وإن كان قد أجري عليه في الظاهر حكم الحرية، كما يقبل إقراره بالكفر وإن أجري عليه في الظاهر حكم الإسلام، ثم يجري عليه حكم الرق في المستقبل من أمره إن جنى أو جني عليه. فأما في الماضي من أمره، فقد ذكر الشافعي ما سوى الجناية فيما بعد، وقدم ذكر الجناية في هذا الموضع والنفقة عليه.

أما الجناية: فالكلام فيها يشتمل على فصلين:

أحدهما: فيما جني عليه.

والثاني: فيما جناه على غيره.

فأمّا الجناية عليه، فلا يخلو ما أخذه من إرشها بالحرية من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يستوي إرشها بالحرية والرق، فلا يراجع. فإن كانت عمداً أو عرفها

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٧.

الجاني من ماله، فقد غرم ما لزمه. وإن كان خطأ تحملتها عاقلته، ففي رجوع العاقلة بها قولان بناء على اختلاف قوليه في تحمل العاقلة بالجناية على العبد.

والقسم الثاني: أن يكون إرثها في الرق أقل من أرشها في الحرية، كأنها في الحرية ألف وفي الرق مائة، فيسترجع منه ما زاد على أرش الرق وذلك بتسعمائة، فإن كانت بعينها في يده أو كان بدلها موجوداً من كسبه ليسترجعه الجاني أو عاقلته.

وإن كانت غير موجودة في يده ولا بد لها من كسبه، نظر: فإن كان الحاكم قد أنفقها عليه في صغره استحق الجاني الرجوع بها على سيده، كما يرجع عليه بالقبض في النفقة عليه. وهكذا لو كان المنفق لها على نفسه، لأن نفقته واجبة على سيده. وإن لم يتصرف في نفقته، لم يلزم السيد غرمها لأنها لم تصر في يديه، ولا انصرفت في واجب عليه، ثم ينظر: فإن كان الحاكم قد أخذ ذلك في صغره ولم تصر إلى يده لتلفه، لم يجب غرمه وكانت الزيادة هدراً. وإن كان هو القابض لها في كبره، أو دفعها الحاكم إليه بعد كبره، تعلق غرمها بذمته بعد عتقه ويساره لغروره، ولم تتعلق برقبته.

والقسم الثالث: أن يكون أرشها في الرق أكثر من أرشها في الحرية. بأن كانت في الحرية مائة، وفي الرق ألف، ففي استحقاق الزيادة بالرق قولان:

أحدهما: يستحق، إلا أن يعترف الجاني بها ولا يقبل قوله فيها مع الإنكار لها لمكان التهمة. وهذا على القول الذي نجعله فيه حراً في الظاهر.

فصل: وأما جنايته على غيره، فلا يخلو ما دفعه في أرشها بالحرية من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يستوي أرشها في الحرية والرق، فليس للمجني عليه إلا ما أخذه. ثم ينظر فإن كانت جنايته فقد أدى أرشها من ماله أو كسبه كذلك، وإن كانت خطأ أخذت من بيت المال وجب ردها فيه، لأن جناية العبد في عنقه دون بيت المال، والسيد بالخيار بين أن يصرفها أو يبيع رقبته فيها. فإن ضاقت الرقبة عند بيعها عن غرم جميعها، لم يلزم السيد ما بقي، وهل يرجع به على المجني عليه في حق بيت المال أم لا؟ على قولين.

والقسم الثاني: أن يكون أرشها بالرق أكثر من أرشها بالحرية، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون رقبة العبد تتسع للزيادة، فيستحق المجني عليه الرجوع بها في رقبة العبد، إلا أن يفديه السيد منها.

والضرب الثاني: أن تكون رقبة العبد تضيق عن الزيادة، ففيها قولان:

أحدهما: تكون هدراً.

والقول الثاني: إنها مستحقة، فإن فداه السيد وإلا بيع فيها.

والقسم الثالث: أن يكون أرشها بالرق أقل من أرشها بالحرية، ففي قبول قوله في استرجاعها قولان:

أحدهما: يقبل قوله ويسترجع. وهذا على القول الذي نجعله فيه مجهول بالأصل.

والقول الثاني: لا يقبل قوله فيها ولا يسترجع وهذا على القول الذي نجعله فيه حراً في الظاهر.

فصل: فأما النفقة التي أنفقها الحاكم عليه في صغره، فإن كانت من بيت المال لم تسترجع من السيد لأنها دفعت من سهم المصالح، وقد جعل ذلك مستحقاً فيه. وإن كانت قرضاً اقترضه الحاكم من واحد أو عدد، وجب على السيد غرمها وردها عليهم لوجوبها بحق الملك.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَذَفَهُ قَاذِفٌ لَمْ أَجِدْ لَهُ حَتَّى أَسْأَلَهُ، فَإِنْ قَالَ أَنَا حُرٌّ، حَدَدَتُ قاذفهُ)[١].

قال الماوردي: وصورتها في لقيط قذفه قاذف بالزنا، فإن كان اللقيط صغيراً فلا حد على قاذفه، وإن كان كبيراً لم يعجل إلى حد القاذف حتى يسأل اللقيط المقذوف، لا يختلف فيه لجواز أن يكون حراً. وقد قال النبي ﷺ: «جَنْبُ الْمُؤْمِنِ حِمًى»[٢] فإن أقر بالرق ولم يدع الحرية فلا حد على قاذفه، لأن قاذف العبد لا حد عليه.

فإن ادعى الحرية، فإن صدقه عليها القاذف حد له حداً كاملاً. وإن كذبه وادعى رقه، فعلى القول الذي نجعل فيه اللقيط مجهول الأصل: يكون القول فيه قول القاذف، ولا حد عليه. وعلى القول الذي نجعل اللقيط فيه حراً في الظاهر، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أن القول قول اللقيط، ويحد قاذفه، كما يقتل هذا القول قاتله.

والوجه الثاني: أن القول قول قاذفه ولا حد عليه وإن قتل قاتله.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٧.

(٢) سبق تخريجه.

وفرق قائل هذا الوجه من أصحابنا بين القتل والقذف: بأن المقذوف حي يمكنه إقامة البينة على حريته، فإذا عجز عنها ضعف حاله، والمقتول لا يقدر على إقامة البينة على حريته بعد قتله فعمل فيه على ظاهر حاله كالدية. فمن قال بهذا، اختلفوا في قبول قوله في القود إذا كان في طرف: فمن أصحابنا من أجراه مجرى القذف، ولم يقبل قول اللقيط فيه لتمكنه من إقامة البينة على حريته. ومنهم من أجراه مجرى القتل في النفس وقبل قوله في حريته، إلحاقاً له بالقتل الذي هو من جنسه.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ قَذَفَ حُرًّا حُدَّ)[١].

قال الماوردي: وصورتها: في لقيط قذف حراً بالزنا، فإن كان قبل بلوغه فلا حد عليه لارتفاع القلم عنه. وإن كان بعد بلوغه، فما لم يدع المقذوف حريته لم يكمل حده. وإن ادعى حريته، فإن اعترف له اللقيط بالحرية حد لقذفه حداً كاملاً ثمانين، وإن أنكر الحرية وادعى الرِّقَّ فعلى القول الذي نجعله فيه مجهول الأصل: القول قوله وليس عليه إلا حد العبيد نصف الحد، وعلى القول الذي نجعله فيه حراً في الظاهر فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن القول قول المقذوف، ويحد له اللقيط حداً كاملاً تغليباً لظاهر حاله.

والوجه الثاني: أن القول قول اللقيط القاذف، وليس عليه إلا حد العبيد نصف الحد، لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

والوجه الثالث: أنه إن كان عند ادعاء الرق أقر لسيد بعينه، قبل قوله وُحدَّ حدَّ العبيد لاستقرار رقه، فتعين المالك. وإن لم يعينه وادعى رقاً مطلقاً لغير سيد بعينه، لم يقبل قوله، وحدَّ حد الأحرار ثمانين.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَسَمِعْتُهُ يَقُولُ: اللَّقِيطُ حُرٌّ، لأَنَّ أَصْلَ الآدَمِيِّينَ الْحُرِّيَّةُ إِلاَّ مَنْ ثَبَتَتْ عَلَيْهِ الْعُبُودِيَّةُ. وَلاَ وَلاَءَ عَلَيْهِ كَمَا لاَ أَبَ لَهُ، فَإِنْ مَاتَ فَمِيرَاثُهُ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ. (قَالَ الْمُزَنِيُّ): هَذَا كُلُّهُ يُوجِبُ أَنَّهُ حُرٌّ)[٢].

قال الماوردي: وهذا كما قال. لا ولاء على اللقيط لملتقطه ولا لغيره من المسلمين، ما لم يثبت عليه رق.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٧.

(٢) مختصر المزني: ص ١٣٧ وتتمة المسألة: «قال المزني: وقوله المعروف: إنه لا يحدُّ القاذف إلا أن تقوم بيّنة للمقذوف أنه حرّ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات».

وقال أبو حنيفة: الولاء ثابت عليه لملتقطه دون غيره، إذا حكم له الإمام بولاية.

وقال مالك: ولاؤه ثابت لجماعة المسلمين.

واستدل من أثبت عليه الولاء بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ ثَلاَثَةُ مَوَارِيثَ: مِيرَاثُ عَتِيقِهَا، وَمِيرَاثُ لَقِيطِهَا، وَمِيرَاثُ وَلَدِهَا الَّذِي لاَعَنَتْ عَلَيْهِ»[1].

وبما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قَالَ لِرَجُلٍ الْتَقَطَ مَنْبُوذاً: «لَكَ وَلاَؤُهُ وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ»[2] قال: ولأنه منعم فجاز أن يستحق الولاء كالمعتق.

ودليلنا: قوله ﷺ: «إِنَّمَا الْوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» فانتفى الولاء بذلك عمن لم يعتق. ولأن من لم يثبت عليه رق، لم يستأنف عليه ولاء كالحر الأصلي. ولأن ما استحق بالرق، انتفى عن غير الرق كالملك. ولأن من جرى عليه حكم الحرية في أصله، جرى عليه حكم الحرية في فرعه، كالمعروف بالحرية طرداً وبالعبودية حكماً.

فأما الجواب عن الخبر، إن صح، فحمله على أحد الوجهين: إما على ميراثه إذا دعته ولداً، أو على ميراثه إذا ادعته عبداً.

وأما قول عمر رضوان الله عليه: «لَكَ وَلاَؤُهُ وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ» فيحمل على الكفالة والولاية دون الولاء.

وأما الجواب عن قولهم: إنه منعم، فمنتقض بمن استنقذ غريقاً أو أجار مظلوماً أو منح فقيراً، فإذا ثبت هذا فميراثه في بيت المال كالحر الذي لا وارث له.

مسألة: قَالَ الْمُزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ادَّعَاهُ الَّذِي وَجَدَهُ أَلْحَقْتُهُ بِهِ، فَإِنِ ادَّعَاهُ آخَرُ أَرَيْتُهُ الْقَافَةَ، فَإِنْ أَلْحَقُوهُ بِالآخَرِ أَرَيْتُهُم الأَوَّلَ، فَإِنْ قَالُوا إِنَّهُ ابْنُهُمَا، لَمْ نَنْسِبْهُ إِلَى أَحَدِهِمَا حَتَّى يَبْلُغَ فَيَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا، وَإِنْ لَمْ يُلْحَقْ بِالآخَرِ فَهُوَ ابْنُ الأَوَّلِ)[3].

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة: في رجل وجد لقيطاً فادعاه، ولذا فدعواه مسموعة، وقوله مقبول، ويحكم له ببنوته سواء ادعاه مع التقاطه أو بعده، لأنه لا منازع له ليمنع منه.

وينبغي أن يسأله الحاكم استظهاراً: من أين صار ولدك؟ أمن أمة، أو زوجة، في

---

(١) ستأتي المسألة في الكتاب التالي.

(٢) الأثر عن عمر: سبق تخريجه.

(٣) مختصر المزني: ص ١٣٧.

نكاح أو شبهة؟ فإن أغفل كل ذلك جاز، لأن قوله فيه مقبول. فإن جاء آخر بعد الحاقه بالواجد فادعاه ولداً، لم يقبل قوله بمجرد الدعوى، لأن الأول بادعائه له قد صار دافعاً لدعواه، ولا يمنع منها لاحتمالها، وأن الحاقه بالأول إنما كان تغليباً لصدقه عند عدم المنازع.

وإذا كان كذلك، وجب أن يرى الثاني مع الولد القافة، لأن فيها بياناً عند التنازع في الأنساب. فإن نفوه عن الثاني، استقر لحوقه بالأول استصحاباً لسابق الحكم. وإن ألحقوه بالثاني، عرض عليهم الولد مع الأول. فإن نفوه عن الأول لحق بالثاني وانتفى عن الأول، لأن القافة حجة في إثبات الأنساب، وكالبينة فكانت أولى من الحاقه بدعوى الأول. فإن أقام الأول بعد الحاق القافة له بالثاني بينة على الفراش بأربع نسوة عدول يشهدن أنه ولد على فراشه، لحق بالأول ببينته، وكان أولى من إلحاق القافه له بالثاني له بشبهه، لأن حكم الشبه يسقط مع ثبوت الفراش. ألا ترى لو أن ولداً على فراش رجل فادعاه آخر، وألحقته القافة به، لم يلحق وكان ولد صاحب الفراش لتقديم الفراش على حكم الشبه؟.

فصل: وإن قالت القافة حين رأوه مع الثاني: يشبهه كشبهه بالأول، لم يلحق بهما ولا بواحد منهما لعدم البيان في القافة، ووجب أن يوقف أمره حتى يبلغ الولد إلى زمان الانتساب، فينسب إلى أحدهما، وفي زمان إنتسابه قولان:

أحدهما: البلوغ لأنه لا حكم لقوله قبله.

والقول الثاني: إلى أن يميز باستكمال السبع أو الثمان، وهي الحال التي يخير فيها بين أبويه عند تنازعهما في الحضانة.

فإن قيل: فهلا إذا عدم البيان في القافة أقر على بنوة الأوَّل بما تقدم من إلحاقه به إذا لم يقابل بما يوجب لحوقه بغيره، كالمال إذا نوزع صاحب اليد فيه ثم تعارضت البينتان، فأسقطنا حكم تملكه لصاحب اليد؟ قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: إن اليد تدل على الملك، فجاز عند تعارض البينتين أن يحكم بها، ولا تدل على النسب فلم يجز أن يحكم بها، وإنما حكمنا بما سبق من الدعوى دون اليد. وهذا فرق أبي علي بن أبي هريرة، وفيه دخل لأنه يمكن أن يقال: فهلا إذا كانت الدعوى في النسب كاليد في الملك وجب أن يحكم بها عند سقوط الحجج بالتعاوض كاليد؟.

والفرق الثاني: أن الأموال ليس لها بعد تعارض البينات بيان ينتظر، فجاز أن يحكم

باليد بالضرورة عند فوات البيان، وليس كذلك حال النسب، لأن انتساب الولد عند بلوغه حال منتظرة يقع البيان بها، فلم يحكم بما تقدم من الدعوى لعدم الضرورة. وهذافرق أبي الحسين بن القطان، ويدخل عليه فوت البيان بموت الولد.

فصل: فإذا ثبت أن النسب موقوف على بلوغ الولد، فإذا انتسب صار لاحقاً بمن انتسب إليه منتفياً عن الآخر. فلو رجع فانتسب إلى الآخر، لم يقبل منه للحوقه بالأول بانتسابه الأول فلو وقف على الانتساب إلى أحدهما، فانتسب بعد البلوغ إلى غيرهما، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقبل منه، لأن القافة قد وقفته عليهما، فلم يجز أن يعدل بالانتساب إلى غيرهما، كما لو ألحقته القافة لم يكن له أن ينتسب إلى غيره.

والوجه الثاني: يقبل منه ويصير ملحقاً بمن انتسب إليه، لأن وقفه بينهما لا يمنع دعوى غيرهما.

فصل: وإذا تداعي بنوة اللقيط رجلان، ولم يسبق أحدهما بدعواه فيلحق به، ولم يكن لواحد منهما بينة تشهد بولادته على فراشه، رجع فيه إلى بيان القافة. فإذا ألحقوه بأحدهما، لحق به دون الآخر.

وقال أبو حنيفة: إن وصف أحدهما علامة غامضة في جسد المولود فهو أحق به، لأن علمه بذلك دليل على صدقه. وهذا خطأ، لأنه قد يرى ذلك غير الوالد ولا يراه الوالد، ولأنه لما لم يجز أن تدفع اللقطة بالصفة فالنسب أولى أن يثبت بالصفة.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوِ ادَّعَى اللَّقِيطَ رَجُلَانِ، فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِهِ، جَعَلْتُهُ لِلَّذِي كَانَ فِي يَدِهِ أَوَّلاً، وَلَيْسَ هَذَا كَمِثْلِ المَالِ)[1].

قال الماوردي: وصورتها في رجلين تنازعا كفالة اللقيط دون نسبه، وادعى كل واحد منهما أنه التقطه دون صاحبه، وأقام كل واحد بما ادعاه بينة، والبينة ها هنا شاهدان لا غير لأنها ليست على مال وإنما هي على استحقاق كفالة تثبت بها ولاية، فإن شهدت إحدى البينتين لأحدهما بتقدم يده، كان المقدم إليه أولاهما به.

(١) مختصر المزني: ص ١٣٧.

قال الشافعي: وليس كالمال، لأن المتنازعين في المال إذا أوجبت بينتاهما تقدم يد أحدهما، كان فيها قولان:

أحدهما: أن المتقدم إليه أولى، كالمتنازعين في الكفالة.

والقول الثاني: أنهما سواء، ويقدم في الكفالة من تقدمت يده.

والفرق بينهما: أن المال قد يصح انتقاله بحق من يد إلى يد، فجاز أن يستوي فيه اليد المتقدمة واليد المتأخرة، والكفالة لا يصح انتقال اللقيط فيها بحق من يد إلى يد فوجب أن يحكم بها لمتقدم اليد. فإن تعارضت بينتاهما أو أشكلتا لعدم المنازع، ففيه قولان:

أحدهما: يقرع بينهما، ويستحقه من قرع.

والثاني: يسقطان ويتحالفان. فإن حلفا أو نكلا، فقد استويا وصارا كالملتقطين له معاً، فيكون على ما مضى من الوجهين:

أحدهما: يقرع بينهما، ويستحقه من قرع منهما.

والثاني: يجتهد الحاكم في أحظهما.

فصل: ولو ادعى أحد المتنازعين فيه أنه ولده، وتفرد الآخر بادعاء الكفالة دون الولادة، حكم به ولداً لمدَّعي نسبه لأنه غير منازع في نسبه، وصار أولى بكفالته، لأن الوالد أحق بالكفالة من الملتقط. وهكذا لو استقرت يد الملتقط في الكفالة، ثم جاء رجل فادعاه ولداً، لحق به ونزع من يد ملتقطه، وصار من جعلناه أولى بكفالته.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَدَعْوَةِ المُسْلِمِ وَالعَبْدِ وَالذِّمِّيِّ سَوَاءٌ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا تداعى نسب اللقيط حر وعبد، ومسلم وذمي، فهما في دعوة النسب سواء تداعى كالحرين وكالمسلمين.

وقال أبو حنيفة: يقدم الحر على العبد، والمسلم على الكافر، استدلالاً بأن النبي ﷺ قال: «الإِسْلاَمُ يَعْلُو وَلاَ يُعْلَى»[2] فلم يجز أن يتكافأ المسلم والذمي في الدعوى. قال:

(١) مختصر المزني: ص ١٣٧.

(٢) سبق تخريجه.

ولأنه لما أجرى اللقيط حكم الحرية والإسلام، صار الحر والمسلم أقوى حالاً من العبد والكافر، لإتفاقهما في الحكم واشتراكهما في الصفة.

ودليلنا: قوله ﷺ: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»[1] فأثبت الولد للفراش، ودون الاشتراك في الحرية والدين. ولأن كل من سمعت دعواه إذا كان منفرداً، لم يدفع عنها إذا كان منازعاً، كالحرين والمسلمين. ولأن كل دعوى لا يمنع الذمي منها مع البينة، لم يدفع الذمي عنها بغير بينة كالمال.

فأما قوله ﷺ: «الإِسْلاَمُ يَعْلُو وَلاَ يُعْلَى» فمن علوه الانقياد لحقوق أهل الذمة، على أن علوه باليد ونفوذ الحكم، ونحن نجري على الولد وإن لحق به أحكام الإسلام.

وأما قوله: إنه موافق لحال الحر والمسلم دون العبد والكافر، فهذا فاسد بتفرد العبد والكافر بادعائه، وبمسلم وكافر تنازعا لقيطاً في دار الحرب فقد أجرى عليه حكم الشرك، فإنهما فيه سواء، ولا يغلب الكافر على المسلم لحكم الدار، كذلك في دار الإسلام يغلب المسلم على الكافر لحكم الدار.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (غَيْرَ أَنَّ الذِّمِّيَّ إِذَا ادَّعَاهُ وَوُجِدَ فِي دَارِ الإِسْلاَمِ، فَأَلْحَقْتُهُ بِهِ، أَحْبَبْتُ أَنْ أَجْعَلَهُ مُسْلِماً فِي الصَّلاَةِ عَلَيْهِ، وَأَنْ آمُرَهُ إِذَا بَلَغَ بِالإِسْلاَمِ مِنْ غَيْرِ إِجْبَارٍ. وَقَالَ فِي كِتَابِ الدَّعْوَى والبيِّنات إِنَّا نَجْعَلُهُ مُسْلِماً، لأَنَّا لاَ نَعْلَمُهُ كما قال. قَالَ المُزَنِيُّ: عِنْدِي هَذَا أَوْلَى بِالحَقِّ عندي. الفصل)[2].

قال الماوردي: وصورتها في ذمي ادعى لقيطاً ولداً، وألحقناه به نسباً، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يلحق به بعد ما صار مسلماً وصلى وصام والتزم شرائع الإسلام، فهذا يجري عليه حكم الإسلام وإن لحق نسبه بذمي، لأن فعله للإسلام أقوى من اتباعه لغيره في

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) مختصر المزني: ص ١٣٧: وتتمة المسألة: «لأن من ثبت له حق لم يزل حقه بالدعوى، فقد ثبت للإسلام أنه من أهله، وجرى حكمه عليه بالدار، فلا يزول حق الإسلام بدعوى مشرك قال الشافعي رحمه الله تعالى: فإن أقام بينة أنه ابنه بعد أن عقل ووصف الإسلام، ألحقناه به ومنعناه أن ينصره فإذا بلغ فامتنع من الإسلام، ولم يكن مرتداً نقتله، وأحبسه وأخيفه رجاء رجوعه. قال المزني رحمه الله: قياس من جعله مسلماً أن لا يرده إلى النصرانية».

الكفر. فهل يصير بوصف الإسلام قبل البلوغ مسلماً، حتى لو رجع عنه بعد البلوغ صار مرتداً أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجوه الثلاثة.

أحدها: أنه لا يصير بذلك مسلماً، وسواء ألحق بالذمي بمجرد الدعوى أو ببينة شهدت له بأنه ولد على فراشه.

والضرب الثاني: أن يلحق به في صغره وطفولته وقبل صلاته وصيامه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يلحق به ببينة تشهد بأنه ولد على فراشه، فهذا تجري عليه أحكام الكفر تبعاً لأبيه، لأن قيام البينة العادلة لولادته على فراشه تأصل عن حكم الأصل في ظاهر الدار.

والضرب الثاني: أن يلحق به بمجرد الدعوى من غير بينة ففيه قولان:

أحدهما: ينقل من حكم الإسلام إلى حكم الكفر، لأنه صار لاحقاً بكافر فصار الظاهر غير ذلك الظاهر.

والقول الثاني: وهو اختيار المزني: إنه يكون باقياً على حكم الإسلام، ولا ينقل عنه للحوقه بكافر، لأن حكم الدار أقوى من دعوى محتملة. فعلى هذا، أن خيف عليه من افتتانه بدين أبيه، حيل بينه وبين أبيه، وأخذ بنفقته حتى يبلغ، فإن بلغ ووصف الإسلام تحقق حكمه فيه. وإن وصف الكفر ومال إلى دين أبيه، أرهب وخوف رجاء عوده، فإن أبى إلا المقام على الكفر فبعداً له، ولا يصير بذلك مرتداً، ويقر على ما اختاره لنفسه من الكفر، لأن فعله أقوى حكماً من غالب الدار. والله أعلم.

فصل: فعلى هذا، لو كان أبوه يهودياً فقال وقد بلغ: لست يهودياً ولا مسلماً، وإنما على غير اليهودية من الملل كالنصرانية والمجوسية ففيه وجهان:

أحدهما: يقبل منه ويقر عليه، لأن الكفر كله ملة واحدة.

والوجه الثاني: لايقبل منه ما أراد الانتقال إليه من الكفر، ولا يعاد إلى دين أبيه لإقراره بأنه ليس، إلا على الإسلام، فإن أباه صار مرتداً.

فصل: وإذا لحق اللقيط بمدعيه عند عدم منازع من مسلم أو كافر، فبلغ وأنكر نسبه، وادعى نسباً غيره، لم يقبل منه إلا ببينة تثبت بولادته على فراش غيره. لأن لحوق نسبه

لم يراعَ فيه قبول الوالد فيؤثر فيه إنكاره وإنما يراعى ذلك منه في إدعاء نسبه بعد البلوغ فلذلك أثر فيه إنكاره بعد البلوغ.

فصل: فإذا ادعى العبد لقيطاً ولداً، فإن صدقه سيده في ادعائه لحق به، وإن كذبه فيه ففي دعواه وإلحاق نسبه به وجهان:

أحدهما: لا يقبل، كما لا يقبل إقراره بابٍ لما فيه من إزاحته عن الميراث بالولاء لمن أعتقه.

والوجه الثاني: يقبل منه، لأنه قد أدخله تحت ولايته، بخلاف الأب وإذا لحق اللقيط بالعبد لم يصر بذلك عبداً، لأنه في الرق تبعاً لأمه دون أبيه. ولا يسمع قول العبد أنه من أمه، لأنه لاحق له في رقه، وإنما يسمع ذلك من سيد أمة تدعيه ولداً لها ليصير له بهذه الدعوى عبداً فإن حضر من ادعى عليه هذه الدعوى، كان على ما سنذكره في ادعاء رقه.

فلو كان العبد قد أعتق فادعى بعد عتقه ولداً، فإن أمكنه أن يكون مولوداً بعد عتقه لحق به، صدق السيد أو كذب، وإن لم تمكن ولادته بعد عتقه ففي لحوقه به مع تكذيب السيد وجهان مضيا.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ دَعْوَاهُ لِلْمَرْأَةِ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ)(١).

قال الماوردي: واختلف أصحابنا في تأويل هذه المسألة على ثلاثة أوجه، وخلافهم فيها قديم، حكاه أبو إسحاق المروزي وغيره:

فأحد الوجوه الثلاثة: أنه لا يقبل منها إدعاء اللقيط ولداً لنفسها إلا ببينة تشهد لها بولادته، سواء كانت ذات زوج أو لم تكن. بخلاف الرجل الذي يقبل منه دعوى نسبه، وإن لم تكن له ببينة.

والفرق بين الرجل والمرأة: أن لحوق الولد بالمرأة يمكن أن يعلم يقيناً بمشاهدتها عند ولادته، فكانت دعواها أضعف لقدرتها على ما هو أقوى. والرجل يلحق به الولد بغلبة الظن دون اليقين، فجاز لضعف أسبابه أن يصير ولداً لها بمجرد الدعوى.

والوجه الثاني: أنها إن كانت ذات زوج لم يصر ولداً لها بمجرد الدعوى حتى تقيم بينة بولادته، وإن كانت غير ذات زوج قبل منها والحق بها، لأنها إذا كانت ذات زوج أوجب

(١) مختصر المزني: ص ١٣٧.

لحوقه بها أن يصير لاحقاً بزوجها، لأنها له فراش، فلم يثبت ذلك إلا ببينة يثبت بها الفراش. وإذا لم تكن ذات زوج، فلحوقه بها لا يتعداها إلى غيرها، كالرجل.

والوجه الثاني: أن مراد الشافعي بذلك: أنه لا دعوة لها في إلحاقه بزوجها، ولا في ادعائه لنفسها إلا ببينة تقيمها على ولادتها له، رداً على طائفة زعمت أن المرأة إذا إدعته ولادة ولد على فراش الزوج كان قولها فيه مقبولاً وصار بالزوج لاحقاً فأما إذا أرادت أن تدعوه لنفسها ولداً، فإنه يلحق بها بمجرد الدعوى كالرجل.

فصل: فإذا لحق بها على ما ذكرنا من هذه الوجوه الثلاثة، لم يلحق بزوجها إلا أن يصدقها على ولادته، فيصير حينئذ لاحقاً به بتصديقه، أو ببينة تقيمها على ولادته.

فصل: فلو قالت المرأة وقد ألحق بها الولد وأنكرها الزوج أن تكون ولدته على فراشه أناأريه القافة معك ليلحقوه بك، لم يجز لأن الولادة لا تثبت بالقافة لإمكان البينة.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ أَقَامَتِ امْرَأَتَانِ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بِبَيِّنَةٍ أَنَّهُ ابْنُهَا، لَمْ أَجْعَلْهُ ابْنَ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا حَتَّى أُرِيَهُ القافةَ، فَإِنْ أَلْحَقُوهُ بِوَاحِدَةٍ لَحِقَ بِزَوْجِهَا وَلاَ يَنْفِيهِ إِلاَّ بِاللِّعَانِ)[1].

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة في إمرأتان تنازعتا في لقيط وادعته كل واحدة منهما ولداً، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن لا يكون لهما مع التنازع بينة، ففي سماع دعواها ما ذكرنا من الثلاثة الأوجه:

أحدها: أنها غير مسموعة إلا ببينة، سواء كانتا من ذوات الأزواج أو من الخلايا.

والوجه الثاني: أنهما إن كانتا من ذوات الأزواج، لم تسمع دعواهما إلا ببينة وإن كانتا من الخلايا، سمعت دعواها بغير بينة وإن كانت إحداهما ذات زوج والأخرى خلية، كانت دعوى الخلية مسموعة ودعوى ذات الزوج مدفوعة إلا ببينة.

والوجه الثالث: أن دعواهما معاً مسموعة، سواء كانتا من ذوات الأزواج أو الخلايا.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٧. وتتمة المسألة: قال المزني رحمه الله مخرج قول الشافعي في هذا: «أن الولد للفراش وهو الزوج، فلما ألحقته القافة بالمرأة، كان زوجها فراشاً يلحقه ولدها ولا ينفيه إلاّ بلعان».

فعلى هذا، إذا سمعت دعواها وأقامتا على تنازعهما، أو عدمت بينتاهما، ففي الذي يحكم به فيهما وجهان:

أحدهما: أنهما يريان القافة مع الولد، فأيهما ألحقوه ألحق بها، وفي لحوقه بزوجها وجهان:

أحدهما: يلحق به إلا أن ينفيه باللعان لأن القافة كالبينة بخلاف الدعوى المجردة.

والثاني: أنه لا يلحق به كالدعوى المجردة، إلا أن يصدقها على ولادته فيصير لاحقاً. فإن عدمت القافة، كان الولد موقوفاً بينهما إلى أن ينتسب عند بلوغه زمان الإنتساب إلى أحدهما، ويكون حكمهما فيه كحكم الرجل إذا تنازعاه في العمل على القافة إن وجدوا وانتساب الولد إن عدموا.

الوجه الثاني: وهو قول ابن أبي هريرة: إنه لا مدخل للقافة في إلحاق الولد بأمه، إنما يحكم بهم في إلحاقهم بالأب دونها. والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الولد يعرف أمه يقيناً، فلم يحتج إلى الحكم بالشبه، ولا يعرف أباه ظناً فاحتيج إلى الحكم بالشبه.

والفرق الثاني: وهو فرق استدلالاً أن حكم القافة لما فيه من مباينة الأصول، فكان مقصوراً على ما ورد فيه النصّ من إلحاقه بالأب دون الأم، ويكون تنازع المرأتين فيه يوجب وقوفه بينهما حتى ينتسب عند البلوغ إلى إحداهما.

والوجه الأول أصح، لأن الله تعالى يقول: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ﴾[1] يعني: إخلاطاً قال الحسن البصري رحمه الله تعالى: لاختلاط ماء الرجل بماء المرأة وقال تعالى: ﴿خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ والتَّرَائِبِ﴾[2] يعني: أصلاب الرجال، وترائب النساء: وهي الصدور، وقيل: هي الأضلاع.

وقال النبي ﷺ: «إِذَا سَبَقَ مَاءُ الْمَرْأَةِ مَاءَ الرَّجُلِ كَانَ الشَّبَهُ لِلْخُؤُولَة، وَإِذَا سَبَقَ مَاءُ الرَّجُلِ كَانَ الشَّبَهُ لِلْعُمُومَةِ»[3] فحصل للأم في الولد شبهاً كالأب، ولأن الولد بالأم أخص، فكان بالشبه أحق.

---

(١) سورة الإنسان، الآية: ٢. (٢) سورة الطارق، الآيتان: ٦ ـ ٧.

(٣) حديث أنس بن مالك. أخرجه البخاري في أحاديث الأنبياء (٣٣٢٩) و(٣٩٣٨) و(٤٤٨٠) والبيهقي في الدلائل ٢/٥٢٦ ـ ٥٢٨..

فصل: والضرب الثاني: أن يكون لهما عند التنازع فيه بينة تشهد على ولادته بأربع نسوة عدول، فإن كانت البينة لأحداهما دون الأخرى حكم به لذات البينة ولحق بزوجها، إلا أن ينفيه باللعان، وإن أقامت كل واحدة منهما بينة على ولادته.

قال أبو حنيفة: ألحقته بهما بالبينة، وأجعله إبناً لكل واحدة منهما ولزوجها، وأجعل كل واحدة منهما وزوجها أماً له وأباً. قال: وإنما قلت ذلك لأن الضرورة عند إجتماع الممتنعين إذا لم يترجح أحدهما، يوجب الحكم بهما كاللعان قد امتنع به صدقهما ثم حكم به بينهما، وكاختلاف المتبايعين إذا تحالفا عليه قد أوجب فسخ العقد بينهما. وإن علم بالضرورة أنه لأحدهما فهذا القول مع خطئه مستحيل، ومع استحالته شنيع، واستحالة لحوقه بالإثنين أعظم من استحالة لحوقه بالأبوين، لأنه لا يمتنع أن يجتمع ماء الرجلين في رحم واحد، ويمتنع خروج الولد الواحد من رحمين، وقد قال الله تعالى: ﴿إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ﴾[1] فأخبر أن أمه هي التي تلده.

فإن لحق الولد بهما اقتضى ذلك ولادتها، وفي القول بهذا من الاستحالة ما تدفعه بذاته العقول، ويمنع منه هواجس الفطر، ولا يحتاج مع الملاحظة إلى دليل، ولا مع التصور إلى تعليل. وحسب ما هذه حاله اطراحاً واستقباحاً، لا سيما فيما يقضي هذا القول أما مذهباً وأما إلزاماً إلى أن يصير الولد الواحد ملحقاً بنساء القبيلة ورجالها، ثم بنساء المدينة ورجالها ثم بنساء الدنيا ورجالها، ونعوذ بالله من قول هذه نتيجته ومذهب هذه قاعدته.

فأما اللعان فما حكمنا فيه بصدقهما مستحيل، وإنما علقنا عليه حكماً قد أسماه الصادق منهما، اقتضي ذلك نفيه من أحدهما. وأما التحالف في اختلاف المتبايعين، فإنما أوجب إبطال ما اختلفا فيه دون إثباته.

فصل: فإذا تقرر أنه لا يلحق بهما مع تعارض البينتين، فقد اختلف قول الشافعي في تعارض البينتين في الأملاك، هل يستعملان أو يسقطان؟ وله في ذلك قولان:

أحدهما: يستعملان بقسمة الملك بين المتداعين.

والثاني: يستعملان بالقرعة بين البينتين.

---

(١) سورة المجادلة، الآية: ٢.

فإن قلنا: باستعمال البينتين في الأملاك، استعملناهما في الأنساب، ولم يجز أن نستعملهما بالقسمة لاستحالة ذلك في النسب، ولا بالقرعة مع وجود القافة لأن القافة أقوى وأوكد، ووجب أن يكون استعمالها بتمييز القافة بينهما. فينظر إلى الولد والمرأتين، فإن ألحقوه بأحدهما لحق بها بالبينة، وكان تمييز القافة ترجيحاً. فعلى هذا، يصير لاحقاً بها وبزوجها، إلا أن ينفيه باللعان.

وإن قلنا: بإسقاط البينتين عند تعارضهما في الأملاك، فهل يسقطان عند تعارضهما في الأنساب أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إنهما يسقطان كالأملاك. فعلى هذا، يكون حكمهما كما لو تداعتاه ولا بينة لهما، فيكون على ما مضى.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنهما لا يسقطان إذا تعارضتا في الأنساب وإن سقطتا بتعارضهما في الأملاك.

والفرق بينهما: أنهما لما تكافآ في الأملاك ولم يكن ما تتراجع به إحداهما، جاز أن يسقطا. ولما أمكن ترجيح أحدهما في الأنساب بالقافة لم يسقطا، وحكم لمن انضم إلى بينته بيان القافة.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا ووجدت القافة، فالحقت الولد بإحداهما، صار لاحقاً بها بالبينة لا بالدعوى. فإن عدمت القافة أو أشكل عليهم، لم يجز أن يقرع بين البينتين لوجود ما هو أقوى من القرعة وهو انتساب الولد إذا بلغ زمان الانتساب، وفيه قولان:

أحدهما: إلى استكمال سبع أو ثمان.

والثاني: إلى البلوغ. فإذا انتسب إلى إحداهما لحق بها أو بزوجها، لأنه صار لاحقاً بها بالانتساب مع البينة، وصار كالقافة مع البينة.

فصل: فلو ماتت واحدة منهما قبل انتساب الولد إلى إحداهما، وقف من تركة الميتة ميراث ابن. فإن انتسب إلى الميتة أخذ ما وقف له من تركتها، وهو ميراث ابن. وإن انتسب إلى الثانية منها، رد ما وقف له من ميراث الميتة على ورثتها ولو مات زوج إحداهما وقف من تركته ميراث ابن، لجواز أن ينسب إلى زوجته فيصير لاحقاً بها.

فإن انتسب إلى امرأة الميت، أخذ ما وقف من تركة زوجها. وإن انتسب إلى الأخرى، رد ما وقف لا من ميراث الميت على ورثته.

فلو ماتت إحدى المرأتين وزوج الأخرى، وقف له من تركة الميتة ميراث ابن، ومن تركة زوج الأخرى ميراث ابن. فإن انتسب إلى الميتة أخذ ميراثها، ورد ميراث زوج الباقية على ورثته. وإن انتسب إلى الباقية، أخذ ميراث زوجها، ورد ميراث الميتة على ورثتها.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا ادَّعَى الرَّجُلُ اللَّقِيطَ أَنَّهُ عَبْدُهُ، لَمْ أَقْبَلْ البَيِّنَةَ حَتَّى تَشْهَدَ أَنَّهَا رَأَتْ أَمَةَ فُلَانٍ وَلَدَتْهُ، وَأَقْبَلُ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ. إلى آخر الفصل)[1].

قال الماوردي: وصورتها في رجل ادعى رق إنسان مجهول الحال، وإنه عبده، وليس عليه يد لسيد مسترق، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون الدعوى على بالغ، فيرجع فيها إلى المدعي بالرق. فإن أنكر حلف، وإن أقر صار عبداً له.

والضرب الثاني: أن تكون الدعوى على غير بالغ، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ممن لم يعلم أنه لقيط، فيكون قول المدعي رقه مقبولاً، ويحكم بأنه عبده ما لم تكن يد تدفعه، أو مدع يقابله. لأن ما جهل حاله إذا لم يكن فيه منازع، لم يتوجه إليه اعتراض، كمن وجد مالاً فادعاه ملكاً، أقر على دعواه ما لم ينازع فيه.

فلو بلغ هذا الطفل الذي حكم برقه لمدعيه، وأنكر الرق وادعى الحرية، لم يقبل منه بعد الحكم برقه، كما لا يقبل منه إذا أنكر النسب بعد الحكم به. فإن أقام بينة بالحرية، حكم بها ورفع رق المدعي عنه. فإن طلب عند تعذر البينة عليه إحلاف المحكوم له برقة، كان له ذلك، لأنها دعوى حرية قد استأنفها على سيده.

فصل: والضرب الثاني: أن تكون الدعوى برق لقيط، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قبل التقاطه، ففي قبول دعوى المدعي لرقه وجهان:

أحدهما: يقبل، كما يقبل منه ادعاء نسبه.

والوجه الثاني: وهو قول الأكثرين من أصحابنا: إن قوله لا يقبل في رقه، وإن قبل في نسبه.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٧ وتتمة الفصل: «وإنما منعني أن أقبل شهوده أنه عبده، لأنه قد يرى في يده فيشهدُ أنه عبده». وقال في موضع آخر: «إن أقام بيِّنة أنه كان في يده قبل التقاط الملتقط أرقته له» (قال المزني): «هذا خلاف قوله الأول، وأولى بالحق عندي من الأول».

والفرق بين الرق والنسب من وجهين:

أحدهما: أن في دعوى النسب حقاً له وحقاً عليه، ودعوى الرق حق له لا عليه.

الثاني: أن النسب لا يمنع ظاهر الدار بل يقتضيه، والرق يمنع منه ظاهر الدار وينافيه.

ويشبه أن يكون تخريج هذين الوجهين من اختلاف قوليه في حكم اللقيط، فإن قيل: إنه حر في الظاهر، لم يحكم برقه للمدعى. وإن قيل: إنه مجهول الأصل، حكم به.

فصل: والضرب الثاني: أن تكون دعوى رقه بعد التقاطه، فلا تسمع هذه الدعوى إلا ببينة، لا يختلف أصحابنا فيه سواء ادعاه ملتقطه أو غيره. وفرق ما قبل التقاطه وبعده: أنه قبل الالتقاط لم تستقر عليه يد، وبعد الالتقاط قد استقرت عليه يد. وإذا كان كذلك فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون مدعي رقه هو الملتقط.

والضرب الثاني: أن يكون غيره من الأجانب.

فإن كان المدعي هو الملتقط، فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن تكون له بينة، أو لا تكون. فإن لم تكن له بينة، كانت دعواه مردودة، واللقيط على ظاهر الحرية لم يثبت عليه رق، ويقرّ في يده مع ماله إن كان، ولا ينزع منه، وإن كان مدعياً له لما استحقه من كفالته بالالتقاط، هذا الذي نقله المزني في جامعه الكبير.

والذي أراه أولى: إنَّ إنتزاعه من يده واجب، لأنه قد خرج بدعوي رقه من الأمانة في كفالته، وربما صارت عليه استدامة يده ذريعة إلى تحقيق رقه، وإن كانت له بينة فعلى ضربين:

أحدهما: أن تشهد له باليد، فلا يحكم بها لأن اليد شاهدة، وليس يحكم بها للعلم بسببها، فلم يكن للشهادة بها تأثير.

والضرب الثاني: أن تشهد البينة له بالملك، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تصف سبب الملك على وجه يوجب الملك، وذلك من أحد خمسة أوجه: إما ابتياع من مالك، أو هبة قبضها من مالك أو ميراث عن مالك، أو بسبي سباه فملكه، أو ولدته أمته في ملكه.

فإن كانت البينة على البيع أو الهبة أو الميراث أو السبى، حكم فيها بشاهدين، وشاهد وامرأتين، وشاهد ويمين، ولا يحكم بشهادة النساء منفردات. وإن كانت الشهادة على أنّ أمته ولدته، سمع فيه أربع نسوة يشهدن على ولادتها في ملكه، وتكون شهادتين بملك الأم عند الولادة تبعاً للشهادة بالولادة.

وإذا لم يكن في ملك الأم نزاع، فإن نوزع في ملكه الأم لم تقبل شهادتين بملك الأم، حتى يشهد بملكها شاهدان، أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين. ثم إن شهدن بعد ذلك بولادتها في ملكه، قبلن.

ولو شهد شاهدان أو شاهد وامرأتان بالملك والولادة فيه قيل: فأما إن شهدت البينة بولادته من أمته ولم تشهد بأن الولادة كانت في ملكه، فهذا مما لم يذكر فيه سبب ملكه، لأنه قد يجوز أن تكون أمه قد ولدته في ملك غيره. فإذا ثبت هذا، وشهدت البينة له بسبب الملك الموجب للملك، حكم بها وصار عبداً له.

والضرب الثاني: أن تشهد البينة له بالملك ولا يذكر سبب الملك، ففي وجوب الحكم بها قولان:

أحدهما: أنه يحكم بها ويجعل اللقيط عبداً له، ولا يلزم أن يسألوا عن سبب الملك، كما لو شهدوا بملك مال لم يذكرا سبب ملكه كان جائزاً فكذلك في ملك اللقيط.

والقول الثاني: أن لا يحكم بهذه الشهادة في اللقيط حتى يذكروا سبب ملكه ويحكم بها في غيره من الأموال. وأن لم يذكروا سبب ملكه، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن حكم اللقيط أغلظ من سائر الأموال لما فيه من نقله عن ظاهر حاله في الحرية إلى ما تشهد له البينة من الرق، وليس كذلك سائر الأموال لأنها مملوكة في سائر الأحوال.

والثاني: أن اليد في الأموال تدل على الملك، وفي اللقيط لا تدل على الملك.

فإن قيل: فيجوز للشهود في الأموال أن يشهدوا فيها بالملك باليد وحدها.

قيل: أما يد لم يقترن بها تصرف كامل فلا تجوز الشهادة بها في الملك، وأما إذا اقترن بها تصرف، فقد اختلف أصحابنا: فحكي أبو علي الطبري في إفصاحه وجهين عن غيره، ووجهاً ثالثاً عن نفسه.

أحد الوجهين: يجوز، كما يجوز للحاكم، والحكم أوكد من الشهادة.

والوجه الثاني: لا يجوز ذلك للشهود، وإن جاز للحاكم، لأن للحاكم أن يجتهد، وليس للشهود أن يجتهدوا.

والوجه الثالث: الذي حكاه عن نفسه: أنه إن اقترن بمشاهدة اليد والتصرف سماع من الناس ينسبونه إلى ملكه جاز أن يشهدوا بالملك، وإن لم يسمعوا الناس ينسبونه إلى ملكه لم يجز أن يشهدوا بالملك، وشهدوا باليد.

فصل: وإن كان المَّدعي لرق اللقيط أجنبياً غير اللقيط، فإن لم تكن له بينة ردت دعواه، وإن كانت له بينة فعلى ضربين:

أحدهما: أن تشهد له بالملك، فيكون على ما مضى في الشهادة للملتقط.

والضرب الثاني: أن تشهد له باليد قبل التقاطه، ففي الحكم بها قولان:

أحدهما: لا يحكم بها لغير الملتقط، كما لا يحكم بها للملتقط، ولا تكون اليد عليه موجبة لملكه لما ذكرنا من تغليط حاله. فعلى هذا، لا يحكم بها في ملكه لرقه، ولكن يحكم بها في تقدم يده واستحقاق كفالته، لأن بينته تشهد بإن يده كانت عليه قبل يد ملتقطه. فعلى ما حكاه المزني: ينتزع من الملتقط ويسلم إليه ليكفله، وعلى ما أراه أولى: يمنع منه لئلا يصير ذريعة إلى استرقاقه.

والقول الثاني: ذكره المزني في جامعه الكبير: إنا نحكم له برقه مع الشهادة له باليد، بخلاف يد الملتقط، لأن في إقرار الملتقط بأنه لقيط تكذيب لشهوده بأن اليد موجبة لملكه، وليس من غير الملتقط إقرار يوجب هذا. إلا أن المزني فيما نقله عن الشافعي في جامعه الكبير أنه قال: بعد الحكم بالشهادة له باليد، ويحلف أنه كان في يده رقيقاً له، فإن لم يحلف لم أرقه له. فاختلف أصحابنا في إحلافه مع البينة: هل هو واجب، أو استحباب؟ على وجهين:

أحدهما: أنه واجب، لينفي بها إحتمال اليد أن تكون بغير ملك. فإن نكل، لم يحكم له برقِّه.

والوجه الثاني: أنها استحباب وليست بواجبة لأن اليد إنْ أوجبت لملك أغنته عن اليمين إذا لم يكن منازع، وإن لم توجب الملك لم يكن للشهادة بها تأثير، ولأن في اليمين مع البينة اعتلالاً للشهادة.

فصل: فلو ادعى الملتقط بنوة اللقيط، ألحق به ولم يكلف ببينة. فلو ادعى غيره بعد ذلك رق اللقيط، لم يسمع منه إلا ببينة، لما ذكرنا من الفرق بين الرق والنسب. وإذا أقامها، صار ابناً للملتقط وعبداً للآخر لا مكان الأمرين، ويكون السيد أولى بكفالته من الأب.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا بَلَغَ اللَّقِيطُ فَاشْتَرَى وَبَاعَ وَنَكَحَ وَأَصْدَقَ، ثُمَّ أَقَرَّ بِالرِّقِّ لِرَجُلٍ، أَلْزَمْتُهُ مَا يَلْزَمُهُ قَبْلَ إِقْرَارِهِ. وَفِي إِلْزَامِهِ الرِّقَّ قَوْلاَنِ. إلى آخر الفصل من كلام المزني)[1].

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة في لقيط بلغ فجرت عليه أحكام الأحرار في عقوده وأفعاله اعتباراً بظاهر حاله في الحرية، لأنه ممكن من ذلك كله، ولا يمنع منه بالأشكال سواء قيل: إنه حر في الظاهر، أو مجهول الأصل.

فإذا وجد ذلك منه وجرت أحكام الحرية عليه ظاهراً، ثم جاء رجل فادعى رقه وأنه عبده، فلا يخلو أن يكون له بينة تشهد له برقه، أو لا يكون.

فإن أقام برقه بينة على ما تقدم من وصف البينة، حكمنا له برقه، وأجرينا عليه أحكام العبيد في الماضي من حاله، وفي المستقيل. فما بطل من عقوده الماضية بالرق ابطلناه، وما وجب استرجاعه من غرم أو مال استرجعناه. وسواء في ذلك ما ضر غيره أو نفع غيره وضره، لأن البينة حجة عليه وعلى غيره.

وإن لم يكن للمدعى بينة، فلا يخلو: أن يقر اللقيط له بالرق، أو ينكره. فإن أنكره حلف له، وهو على ظاهر حريته. وإن أقر له بالرق، فلا يخلو أن يكون: قد اعترف قبل ذلك بالحرية، أو لم يعترف.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٧ ـ ١٣٨. وتتمة الفصل: «كلام المزني: أحدهما: أن إقراره يلزمه في نفسه، وفي الفضل من ماله، عما لزمه، ولا يصدق في حق غيره ومن قال: أصدقه في الكل قال: لأنه مجهول الأصل. ومن قال القول الأول قاله في امرأة نكحت ثم أقرت بملك لرجل، لا أصدقها على إفساد النكاح، ولا ما يجب عليها للزوج وأجعل طلاقه إياها ثلاثاً، وعدتها ثلاث حيض، وفي الوفاة عدة أمة، لأنه ليس عليها في الوفاة حق يلزمها له، وأجعل ولده قبل الإقرار ولد حرة، وله الخيار. فإن أقام على النكاح كان ولده رقيقاً، وأجعل ملكها لمن أقرت له بأنها أمته» (قال المزني) رحمه الله: «أجمعت العلماء أن من أقر بحق لزمه، ومن ادّعاه لم يجب له بدعواه وقد لزمتها حقوق بإقرارها، فليس لها إبطالها بدعواها».

فإن كان قبل ذلك قد اعترف بالحرية، لم يقبل إقراره بالرق إلا أن تقوم بينة، لأن اعترافه بالحرية قد تعلق به حق الله تعالى، وإن تضمنه حق لنفسه، فلم يكن له إبطال حق الله تعالى، وأبطل حق نفسه. وإن لم يكن قد اعترف قبل ذلك بالحرية، قبل إقراره بالرق سواء قيل بجهالة أصله، أو بظاهر حريته. لأن إقراره على نفسه أقوى من حكم الظاهر، ولأن الكفر بالله تعالى أغلظ من الرق، ثم كان قوله: لو بلغ مقبولاً، فأولى أن يكون مقبولاً في الرق.

فصل: فإذا ثبت أن إقراره بالرق مقبول، أجريت عليه أحكام الرق في المستقبل، وفي إجرائها عليه في الماضي قولان:

أحدهما: تجري عليه أحكام الرق في الماضي، كما تجري عليه أحكامه في المستقبل. وهذا على القول الذي نجعله فيه مجهول الأصل، ووجهه شيئان:

أحدهما: أن الرق أصل إذا ثبت، تعلق في فرعه من أحكام، فإذا ثبت أصله فأولى أن تثبت فروعه.

والثاني: أنه لما كان إقراره بالرق موجباً لإجراء أحكام الرق عليه في المستقبل كالبينة، اقتضى أن يكون موجباً لذلك في الماضي كالبينة.

والقول الثاني: أنه يجري عليه في الماضي أضر الأمرين به من أحكام الحرية أو الرق، فما نفعه وضر غيره لا يقبل منه، وما ضره ونفع غيره قبل منه. وهذا على القبول الذي نجعله فيه حراً في الظاهر، ووجهه شيئان:

أحدهما: أن إقراره فيما ضر غيره متهوم، فأمضى. وإقراره فيما ينفعه متهوم، فردَّ.

والثاني: أنه كما لم يملك إبطاله من العقود بغير الإقرار بالرق، لم يملكه بالإقرار، لأن لزومها يمنع من تملك فسخها.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين، تفرع عليها ما مضى. فمن ذلك: هباته وعطاياه.

فإن قيل: بنفوذ إقراره فيهما، أمضيت ولم يسترجع، وليس للسيد إحلاف الموهوب له، والمعطى إن أنكر.

فصل: ومن ذلك بيوعه وإجاراته إن قيل: بنفوذ إقراره فيهما، بطلت ولزم التراجع فيهما.

وإن قيل: برد إقراره فيهما، أمضيت ولا يراجع فيهما، وما حصل بيده مما اشتراه لم يكن لسيده التصرف فيه لأنه مقر أنه على ملك بائعه، وله أن يتوصل إلى أخذ ثمنه منه، فإن فضل منه لم يملكه.

فصل: ومن ذلك ديونه التي لزمته، وهي على ضربين:

أحدهما: ما وجب باستهلاك وجناية، فهي متعلقة برقبته على القولين معاً، لأن ذلك أضر به، فنفذ إقراره فيه. وإن ضاقت الرقبة عن غرم جميعه، ففي تعلق الباقي بذمته بعد عتقه قولان:

إن قيل: بنفوذ إقراره، سقط ولم يلزم.

وإن قيل: برد إقراره، لزم في ذمته بعد عتقه.

والضرب الثاني: ما وجب عن معاملة من ثمن أو أجرة أو صداق، فإن قيل: بنفوذ إقراره، تعلق ذلك بذمته بعد عتقه، وكان السيد أحق بما في يده.

وإن قيل: برد إقراره، كان ذلك مستحقاً فيما بيده. فما كان بإزائه دفع جميع ما في يده في ديونه، ولا شيء فيه لسيده وإن كان أقل منه، كان الباقي بعده في ذمته بعد عتقه. فإن كان أكثر الفاضل منه لسيده وهو معنى قول الشافعي. أن إقراره يلزمه في نفسه، وفي الفضل من ماله عما لزمه يعني: من ديونه.

فصل: ومن ذلك نكاحه، وذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون اللقيط عبداً فينكح امرأة.

والثاني: أن تكون امرأة فتنكح رجلاً.

فإن كان اللقيط عبداً فنكح امرأة، فإن قيل: بنفوذ إقراره، فالنكاح باطل من أصله لأنه مقر أنه نكح بغير إذن سيده. فإن لم يدخل، فلا شيء عليه. وإن دخل بها، فلها مهر المثل دون المسمى، إلا أن يكون مهر المثل أكثر فلا تستحق إلا المسمى لأنها تدعى الزيادة عليه.

وإن قيل: برد إقراره، انفسخ النكاح من وقته لإقرارها بتحريمها عليه، ولم ينفسخ من أصله لقبول إقراره فيه. فإن كان قبل الدخول، فلها نصف المسمى. وإن كان بعد الدخول، فلها جميعه.

وإن كان اللقيط أمة فنكحت رجلاً، فإن قيل: بنفوذ إقرارها، بطل النكاح لأنها منكوحة بغير إذن سيدها، سواء كان الزوج واحداً للطول أو لم يكن. فإن لم يدخل بها، فلا شيء لها وإن دخل بها، فلها مهر المثل دون المسمى، وكان أولادها منه أحراراً لأنه أصابها على حرية أولادها فصارت كالغارّة بحريتها، لكن على الزوج قيمتهم لسيدها. وفي رجوع الزوج بعد ذلك عليها بعد عتقها قولان، كالمغرور.

وإن قيل: برد إقرارها، لم يقبل قولها في فسخ النكاح، سواء كان الزوج واجداً للطول أو لم يكن، لأن الزوج يدَّعي صحة العقد على حرة، وجميع أولادها منه قبل الإقرار وبعده لأقل من ستة أشهر أحرار، لا يلزم الزوج غرم قيمتهم، وله الخيار في المقام معها لما استقر من حكم رقها. فإن أقام عليها رُق أولاده منها إذا وضعتهم لأكثر من ستة أشهر من وقت إقراره، ثم إن لزمتها العدة على هذا القول الذي يرد إقرارها فيه فعلى ضربين: طلاق، أو وفاة.

فإن كانت وفاة، فعدة أمة شهران وخمس ليال، لأنها حق الله تعالى. فقبل قولها فيه على القولين معاً.

وإن كانت عدة طلاق، فعلى ضربين:

أحدهما: أن تملك فيها الرجعة، فيلزمها ثلاثة أقراء، لأن حق الآدمي منها أقوى لثبوت رجعته فيها.

والضرب الثاني: أن لا يملك فيها الرجعة، ففيه وجهان:

أحدهما: عدة أمة كالوفاة، لأنه لا يتعلق بها للزوج حق.

والثاني: وهو الظاهر من منصوص الشافعي: أنها ثلاثة أقراء، كما لو فيها الرجعة.

والفرق بين عدة الطلاق وعدة الوفاة: أن عدة الطلاق يغلب فيها حق الآدمي، لأنها لا تجب على صغيرة ولا على مدخول بها، لأن مقصودها الاستبراء. وعدة الوفاة يغلب فيها حق الله تعالى لوجوبها على الصغيرة وغير المدخول بها، ولأن المقصود بها التعبد.

فأما الجناية منه وعليه فقد تقدم ذكرها، وفيما استوفيناه من ذلك تنبيه على ما أغفلنا.

فأما المزني، فإنه اختار أن لا ينفذ إقراره في الماضي وإن نفذ في المستقبل، وكان

من استدلاله أن قال: «أجمعت العلماء أن من أقر بحق لزمه، ومن ادعاه لم يجب له بدعواه».

وهذا القول صحيح، غير أن الاستدلال به فاسد. لأن اللقيط لم يكن منه إقرار بالحرية فلا يقبل رجوعه عنه، وإنما حمل أمره في الحرية على الظاهر، وإقراره على نفسه أقوى، فكان الحكم به أولى.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ أُقِرُّ اللَّقِيطَ بِأَنَّهُ عَبْدٌ لِفُلاَنٍ، وَقَالَ فُلاَنٌ: مَا مَلَكْتُهُ قط ثُمَّ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِالرِّقِّ بَعْدُ، لَمْ أَقْبَلْ إِقْرَارَهُ، وَكَانَ حُرًّا فِي جَمِيعِ أَحْوَالِهِ)[١].

قال الماوردي: وصورتها في لقيط بالغ ابتداء من غير دعوى، فأقرّ برقه لزيد، فأنكر زيد أن يكون مالكاً فأقر اللقيط بعد ذلك برقه لعمرو، فإقراره مردود، وهو حر في الظاهر إلا أن تقوم بينة برقه لمالك، فيحكم بها دون الإقرار.

وقال أبو العباس بن سريج: إقراره مقبول للثاني وإن رده الأول كما كان إقراره مقبولاً للأول. وهكذا لو أنكره الثاني فأقر الثالث قبل منه، وبه قال أهل العراق استدلالاً: بأنه لو أقر بنسبه لرجل فرده، ثم أقر بنسبه لغيره جاز، فكذلك إذا أقر برقه لرجل فرده، ثم أقر به لآخر جاز.

وهكذا لو أقر بدار في يده لرجل فرد إقراره، ثم أقر بها لغيره، نفذ إقراره، فكذلك في الرق. لأنه لا يخلو من أن يجري مجرى النسب، وقد ذكرنا جواز ذلك فيه. أو مجرى المال، وقد ذكرنا جوازه فيه.

وهذا الذي قاله أبو العباس ومن وافقه من أهل العراق خطأ من وجهين:

أحدهما: أن إقراره بالرق للأول إقرار بأنه لا رق عليه لغير الأول فإذا رد الأول الإقرار فقد رفع رقه عنه بالإنكار، فصار إقراره بالرق إذا رد كالعتق، فلم يجز أن يقر بعد الرق.

والثاني: أن في الحرية حقاً لله تعالى وحق للآدمي، فصار أغلظ من حق الله تعالى إذا تجرد من حق الآدمي إذا انفرد، فلم يكن لمن جرى حكمه عليه أن يدفعه عن نفسه.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٣٨.

فأما ما استدل به من إقراره بالنسب، فقد كان بعض أصحابنا يضيق عليه الفرق بينهما، فيجعل الحكم فيهما سواء ويقول: إذا رد إقراره بالنسب لم أقبله إذا أقر به من بعده، كما لو رد في العتق لم أقبله من بعد. وذهب سائر أصحابنا: إلى أنه يقبل في النسب، ولا يقبل في الرق. والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن إنكاره الرق يقتضي أن لا رق، وليس إنكاره للنسب موجباً لرفع النسب.

والثاني: أن من أنكر شيئاً ثم أقر به قبل منه، ومن أنكر الرق ثم أقر به لم يقبل منه.

وأما الإقرار بالدار، فإذا رده المقر له لم يقبل إقرار المقر بها لغيره، وإنما جعل الثاني أحق بها، من حيث إنه لا منازع له فيها، ولا بد لكل ملك من مالك. وليس كذلك اللقيط، لأنه قد يكون حراً وليس له مالك.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، قيل للثاني: إن أقمت البينة على رقه حكم لك به، لأن البينة توجب رقه. وإن كان معترفاً بالحرية، فكانت بإثبات رقه في هذه الحال أولى.

فصل: ولو أن لقيطاً أقر بالبنوة لرجل، ثم أقر بالرق بعده لآخر، قبلنا إقراره لهما بالبنوة والرق، لأنه ليس يمتنع أن يكون ابناً لزيد وعبداً لعمر. ولو ابتدأ فأقر بالرق لرجل، ثم أقر بعده بالبنوة لآخر، نفذ إقراره بالرق المتقدم، ولم ينفذ إقراره بالبنوة المتأخرة، لأن العبد لا يقبل إقراره بأب إلا بتصديق السيد، لما فيه من إبطال الإرث بالولاء، وليس كذلك إذا قدم الإقرار بالأب ثم أقر بعده بالرق.

فصل: وإذا تنازع الرجلان طفلاً، وادعاه كل واحد منهما ابناً، ثم سلمه أحدهما إلى الآخر واعترف له بأبوته. فإن كان تنازعهما في نسبه لاشتراكهما في الفراش، لم يقبل تسليمه إليه. وإن كان لاشتراكهما في التقاطه، قبل وصار ابناً لمن سلم إليه دون من سلمه.

والفرق بينهما: أن الحادث عن الفراش ملحق بغير دعوى، واللقيط لا يلحق إلا بالدعوى. فلو رجع من سلم إليه وجعله ابناً له، وسلمه إلى غيره واعترف له بأبوته، لم يجز لأنه قد حكم له بعد التسليم بأبوته، فلم يجز أن يدفعه عن نفسه، ولا أن ينفيه باللعان لاعترافه به.

وهكذا لو تفرد رجل بالتقاطه وادعى بنوته، ثم سلمه بعد ادعاء البنوة إلى غيره ولداً، لم يجز وصار لازماً للأول لإلحاقه به. فلو تنازع نسبه رجلان ثم تركاه معاً راجعين عن ادعاء نسبه، لم يجز وأرينا فيما رأياه للقافة، وألحقناه بمن ألحقوه به. ولو سلمه المتنازعان إلى ثالث استحدث دعوى نسبه، لم يجز لأنهما بالتنازع الأول قد اتفقا على أن نسبه لا يخرج عنهما، ثم ينظر في الثالث: فإن ألحقته القافة به صار بإلحاق القافة لاحقاً به لا بالتسليم، وإن نفوه عنه وجب إلحاقه بأحد الأولين: إما بالقافة، أو بالتسليم. والله أعلم بالصواب.

فهرس الحاوي الكبير

الجزء التاسع

مختصر القراض

المساقاة

كتاب الشرط في الرقيق يشترطهم المساقي

مختصر من الجمع في الإجارة من ثلاث كتب

باب كراء الإبل وغيرها

تضمين الأجراء من الإجارة

مختصر من الجامع من كتاب المزارعة وكراء الأرض والشركة في الزرع

باب ما يجوز أن يقطع وما لا يجوز

باب تفريق القطائع وغيرها

باب إقطاع المعادن وغيرها

كتاب العطايا والصدقات والحبس

باب العمرى والرقبى

باب عطية الرجل ولده

كتاب اللقطة

باب التقاط المنبوذ



